Das

Recht der Codicille.

Dargestellt

nach den Grundsätzen des römischen Rechtes

von

D. Eduard Fein

Großh. Sächsischem Hofrathe, ordentlichem Lehrer der Rechte an der Universität in Jena, und ordentlichem Beisitzer des Schöppenstuhles daselbst.

Zweite Abtheilung.

Erlangen,

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1851.

☞ Den verehrlichen Abnehmern dieser Monographie zeigen wir hiermit ergebenst an, daß die dritte und letzte Abtheilung derselben, nebst einem ausführlichen Inhaltsregister über alle 3 Abtheilungen, nach Ostern 1852 erscheinen wird.

Palm'sche Verlagsbuchhandlung.

Fortsetzung des Titels:

De jure codicillorum.

§. 1511. c.

Fortsetzung. Die codicillarrechtliche Fiction.

Der Uebergang von dem älteren Rechte, welches für alle letztwillige Verfügungen nur eine einzige Form, nämlich die des Testamentes kannte, zu dem neueren und freieren Rechte der Codicille wurde, wie bei so manchen andern Rechtsinstituten, auch hier durch eine Fiction vermittelt. Bei den zuerst aufkommenden confirmirten Codicillen lag nämlich der Gedanke so nahe als möglich, die in denselben enthaltenen Verfügungen, weil sie in dem Testamente im Voraus bestätigt waren, geradezu als in demselben enthalten zu betrachten, und auf diese Weise eine solche spätere formlose codicillarische Verfügung unter den Schutz der Formalitäten des Testamentes zu stellen. Von diesem Gedanken ausgehend konnte der Kaiser Augustus dem von ihm versammelten Rathe der Rechtsgelehrten die Frage: **an posset hoc recipi nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset**[1]), mit Recht vorlegen. Denn mit dieser von den Rechtsgelehrten zu vertheidigenden und auszubildenden Fiction war man nicht bloß im Stande dem sich rein auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes entwickelnden Institute der Codicille von Anfang an eine feste Richtung anzuweisen, sondern man konnte damit auch die so bedeutende und folgenreiche Neuerung juristisch rechtfertigen, ohne gezwun-

1) Pr. J. h. t. (S. 9—15.)

gen zu sein, das alte System über die Nothwendigkeit der Solennität letztwilliger Verfügungen zu verlassen. Diese codicillarrechtliche Fiction bildet daher das wichtigste Moment in der Entwicklungsgeschichte der Codicille, und wird noch von den classischen Juristen als das leitende Princip für die testamentarischen Codicille [2]) ausdrücklich und in mehrfachen Anwendungen anerkannt, obgleich sie im Laufe der Zeit, durch Zulassung einer umfangreichen Ausnahme, einen bedeutenden Theil ihres Einflußes eingebüßt hatte. Die nachfolgende Darstellung wird sich deshalb zunächst mit der Regel und sodann mit den Ausnahmsfällen beschäftigen.

Am klarsten und unzweideutigsten stellt Julian die gedachte codicillarrechtliche Fiction als das leitende Princip und als eine Eigenthümlichkeit der Codicille in folgender Stelle des 39sten Buches seiner Digesten [3]) dar:

> **Codicillorum jus singulare est, ut quaecunque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent etc.** [4])

Damit war nun zunächst und in allen Fällen die Formlosigkeit der Codicille [5]) juristisch gerechtfertigt. Denn wenn die Verfügungen im Codicille vermöge einer

2) Denn daß die qu. Fiction auch auf die unbestätigten Codicille anzuwenden ist, wird hinter Note 45. der folgenden Centurie nachgewiesen werden.

3) L. 2. §. 2. D. *h. t.*

4) Die folgenden Worte dieser Stelle sind hinter Note 12. erläutert.

5) Das Codicill war freilich ursprünglich eine Urkunde, und insofern an die Form der Schrift gebunden. Da indessen diese Urkunde keine weiteren Solennitäten erforderte, so kann man insofern allerdings von einer Formlosigkeit der Codicille sprechen. — Ueber die späteren mündlichen Codicille vgl. §. 1512.

Fiction so behandelt wurden, als ob sie in dem Testamente selbst niedergeschrieben oder ausgesprochen wären, so waren sie eben damit durch die Formalitäten des Testamentes vollständig gedeckt. Allein in vielen Fällen mußte die Fiction auch einen wichtigen materiellen Einfluß ausüben, und zwar sowohl auf die testamentarischen, als die in dem Codicille selbst enthaltenen Verfügungen. In der ersten Beziehung war es durch diese Fiction in manchen Fällen dem Erblasser möglich gemacht, einer im Testamente nichtig getroffene Anordnung durch Ergänzungen im Codicille hinterher noch Gültigkeit zu verleihen. Einen Fall dieser Art führt uns Paulus in seiner Monographie über die Codicille 6) folgendermaaßen vor:

Si ei servo, qui testamento legatum acceperat, libertas codicillis datur, utile legatum esse dicemus, quasi ab initio constiterit legatum.

Zum Verständniß dieser Stelle ist zu bemerken, daß ein Herr dem in seinem Alleineigenthume 7) befindlichen Sklaven ein Legat gültig nicht ohne die Freiheit hinter-

6) L. 8. §. 5. D. h. t.

7) Denn daß ein Miteigenthümer dem gemeinschaftlichen Sklaven auch ohne Freiheit gültig ein Legat hinterlassen konnte, wird uns ausdrücklich von Paul. *Sent. Rec.* Lib. III. Tit. VI. §. 4. bezeugt. „Communi servo cum libertate et sine libertate legari potest, totumque legatum socio testatoris (d. h. dem anderen Miteigenthümer, und zwar vermöge des Accrescenzrechtes) acquiritur." Es erklärt sich dies aus dem in Note 9 berührten Principe. Vgl. auch L. 89. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5.) — Ueber die Erbeinsetzung gemeinschaftlicher Sklaven vgl. §. 1511. S. 116. fg.

lassen konnte[8]). Denn in diesem Falle würde der Erbe das Legat zu leisten gehabt, und es sofort durch den Sklaven sich selbst wieder erworben, mithin die Rolle des Onerirten und des Honorirten in einer Person unzulässiger Weise vereinigt haben[9]). Das dem Sklaven in dem Testamente seines Herrn ohne Freiheit hinterlassene Legat war aus diesem Grunde in Gemäßheit der **regula Catoniana**[10]) von Anfang an nichtig errichtet. Nichtsdestoweniger erklärt Paulus dasselbe in dem vorliegenden Falle, wo dem Sklaven wenigstens noch in dem späteren bestätigten Codicille die Freiheit hinterlassen war, für gültig. Dies erklärt sich nur aus unserer codicillarrechtlichen Fiction, und wir sehen zugleich aus

8) Siehe die §. 1511. S. 80. Note 6. angeführten Beweisstellen.

9) Die schwierige und verwickelte Lehre von den Legaten an eigene Sklaven, welche ich bei der Lehre von den Vermächtnissen im §. 1521. genauer entwickeln werde, wird überhaupt durch das allgemeine Princip beherrscht, daß ein solches Legat gültig ist, sobald der Erblasser dabei das Zusammentreffen des Onerirten und Honorirten in einer Person vermieden hat. Wenn daher z. B. der Erblasser seinen Sklaven einem Dritten legirt, so kann er diesem legirten Sklaven selbst gültig ein Legat ohne Freiheit hinterlassen, weil der Erbe das Legat an denjenigen zu zahlen hat, welchem der Sklave legirt worden ist. L. 69. pr. L. 91. §. 2—6. L. 107. §. 1. D. *de leg. I.* L. 11. L. 13. D. *de opt. leg.* (XXXIII. 5.) L 7. §. 6. L. 17. D. *quando dies* (XXXVI. 2.) L. 49. D. *ad leg. Falc.* (XXXV. 2.)

10) L. 1. pr. D. *de reg. Caton.* (XXXIV. 7.) „Regula Catoniana sic definit: quod si testamenti facti tempore decessit testator inutile foret, id legatum quandocunque decesserit non valere."

dieser Stelle, daß die codicillarrechtliche Fiction, im Falle des Zusammentreffens, der **regula Catoniana** vorgeht, und in Folge derselben Legate hinterher noch gültig werden können, welche nach der **regula Catoniana** von Anfang an nichtig errichtet waren [11]).

In der zweiten Beziehung war es, da die Errichtung des Testamentes und des testamentarischen Codicilles jedesmal in verschiedene Zeitpunkte fällt, leicht möglich, daß sich die Verhältnisse in der Zwischenzeit so geändert hatten, daß die in dem Codicille getroffene Verfügung, rücksichtlich ihrer Gültigkeit oder ihres Umfanges, einer verschiedenen Beurtheilung unterlag, je nachdem man dieselbe nach den Verhältnissen zur Zeit des Testamentes oder des Codicilles beurtheilte. Vermöge unserer codicillarrechtlichen Fiction müssen nun regelmäßig die Verhältnisse zur Zeit des Testamentes als die entscheidenden angenommen werden, und auch hiervon kommen mehrere Beispiele in den Quellen vor. So wendet gerade Julian in der oben benutzten Stelle, in welcher er die codicillarrechtliche Fiction vorträgt [12]), dieselbe auf folgende Beispiele an:

> **Codicillorum jus singulare est, ut quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent. Ideoque (1.) servo qui testamenti facti tempore testatoris fuisset,**

11) Bei Erbeinsetzungen dagegen hat umgekehrt die **regula Catoniana** den Vorrang vor der codicillarrechtlichen Fiction, weil die letztere in diesem Falle wegen der Rechtsparömie: **codicillis hereditas neque dari neque adimi potest**, nicht Platz greifen kann. S. §. 1511. S. 80. Note 6.

12) L. 2. §. 2. D. h. t.

codicillorum tempore alienus, non[13]) recte libertas directa datur. (2.) Et contra si, cum testamentum fiebat, alienus esset, codicillorum tempore testatoris, intelligitur alieno servo libertas data, et ideo licet directae libertates deficiant, attamen ad fideicommissarias eundum est.

Eine Freilassung, mit der Wirkung der Civität für den freigelassenen Sklaven, konnte bekanntlich nur von einem römischen Bürger[14]), welcher den Sklaven im vollen quiritarischen Eigenthume hatte[15]), und nur in der quiritarischen Form[16]), vindicta censu oder testamento, vorgenommen werden. Bei der directen[17]) testamentarischen Freilassung war insbesondere erforderlich, daß

13) Dies in der Florentina befindliche non ist nach den Ausführungen im Texte zu streichen. S. auch Note 30.

14) THEOPHIL. *Paraphr. Graec. Inst.* Lib. I. Tit. V. §. 3.

15) Wer nur das nudum jus Quiritium an dem Sklaven hatte, konnte ihn gar nicht manumittiren, *Fragm. vet. juriscons. de jur. specieb.* §. 11. cf. GAJI *Inst.* Lib. I. §. 54. Der bloß bonitarische Eigenthümer dagegen konnte ihn durch Freilassung nur zum latinus Junianus machen. GAJI *Inst.* Lib. I. §. 17. ULPIANI *Fragm.* Tit. I. §. 16. Tit. XXII. §. 8. THEOPHIL. *Paraphr. Graec. Inst.* Lib. I. Tit. V. §. 4.

16) GAJI *Inst.* Lib. I. §. 17. ULPIANI *Fragm.* Tit. I. §. 6. *Fragm. vet. jurisc. de juris specieb.* §. 6. — Der unfeierlich Freigelassene wurde nur latinus Junianus. GAJI *Inst.* Lib. III. §. 56. ULPIANI *Fragm.* Tit. I. §. 10. *Fragm. cit.* §§. 8—18.

17) Ueber den Unterschied zwischen der directen und fideicommissarischen Freiheit s. §. 1511 b. S. 206. Note 42.

der Erblasser den Sklaven sowohl zur Zeit der Errichtung des Testamentes als im Momente des Todes im vollen quiritarischen Eigenthum hatte, wenn auch der Sklave in der Zwischenzeit einmal einen anderen Eigenthümer gehabt hatte[18]. Machen wir nun hiervon die Anwendung auf den Fall, wo dem Sklaven in einem für die Zukunft bestätigten Codicille die directe Freiheit hinterlassen war, so waren zwei uns hier allein interessirende, und von Julian in den mit Nr. 1. und 2. bezeichneten Abschnitten der Stelle behandelte Fälle möglich, nämlich erstens: der Erblasser war zur Zeit der Testamentserrichtung Eigenthümer des Sklaven, zur Zeit des Codicilles nicht, und umgekehrt zweitens: er war zur Zeit des Testamentes nicht Eigenthümer, wohl aber zur Zeit des Codicilles.

Fassen wir zuerst den zweiten Fall (Nr. 2.) in's Auge, so ist hierbei deutlich anerkannt, daß die directe Freiheit nichtig hinterlassen ist. Hierauf deuten zunächst schon die Worte: intelligitur alieno servo libertas data, weil es ein anerkannter Grundsatz war: alieno servo directo libertas dari non potest[19]; sodann aber müs-

18) Gaji *Inst.* Lib. II. §. 267. Ulpiani *Fragm.* Tit. I. §. 23. §. 2. J. *de sing. reb. per fideic.* (II. 24.) L. 35. L. 30. D. *de test. manum.* (XL. 4.) L. 58. D. *eod.*, welche auf eine Veräußerung des Sklaven unter einer Resolutivbedingung zu beziehen ist. — In den Stellen aus dem Justinianeischen Gesetzbuche ist natürlich das Erforderniß des quiritarischen Eigenthums gestrichen. — Die Anordnung der directa libertas stand in diesem Punkte dem Vindicationslegate von nicht fungiblen Sachen ganz gleich. Gaji *Inst.* Lib. II. §. 196. Ulpiani *Fragm.* Tit. XXIV. §. 7. §. 11.

19) Gaji *Inst.* Lib. II. §. 272. vgl. mit Gaji epit. Lib.

sen doch die Worte des Schlußsatzes: et ideo, licet directae libertates deficiant etc. jedenfalls auf diesen unmittelbar voraufgehenden zweiten Fall bezogen werden[20]), und damit ist denn wiederum die Nichtigkeit der directen Freiheit für diesen Fall ausgesprochen. Diese Nichtigkeit kann aber nur daraus erklärt werden, daß die Freiheitsertheilung im Codicille so behandelt wird, als wenn sie im Testamente niedergeschrieben wäre, in welchem Falle sie natürlich für nichtig erklärt werden mußte, weil der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung gar nicht Eigenthümer des Sklaven gewesen war. Ueber diese Entscheidung hat auch unter unseren Juristen niemals Streit geherrscht. Dagegen sind die Schlußworte[21]): et ideo, licet directae libertates deficiant, attamen ad fideicommissarias eundum est auf verschiedene Weise aufgefaßt worden. Anton Faber[22]) erklärt sie, in seiner gewohnten Manier, für einen Tribonianismus oder für das Glossen eines unwissenden Abschreibers; Cujacius[23]), welchem hierin Altamiranus[24]) und West-

II. Tit. VII. §. 8. Pauli *Sent. Rec.* Lib. III. Tit. 4. B. §. 7. L. 9. C. *de test. manum.* (VII. 2.) L. 16. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.)

20) Manche Juristen wollen diese Worte mit Unrecht auf beide Fälle beziehen. Siehe den Text hinter Note 36.

21) In den neueren Ausgaben des corp. jur. wird mit diesen Worten ein neuer Satz angefangen. Richtiger trennt man sie indessen, wie oben geschehen, durch ein bloßes Komma von den voraufgehenden Worten, da sie sich nach den Ausführungen im Texte nur auf den zweiten Fall beziehen, und durch ein Komma mit diesem in einen unmittelbaren Zusammenhang gebracht werden.

22) **Conjecturae jur. civil.* Lib. XV. cap. 16.

23) Comment. in lib. 37. Digestorum Salvii Juliani ad h. L. (in Opp. Lugd. 1614. Tom. I. p. 2127.)

phal[25]) gefolgt sind, bezieht sie darauf, daß der Erblasser in solchen Fällen wenigstens die fideicommissarische Freiheit gültig habe anordnen können. Eine dritte Partei[26]) endlich erklärt diese Worte dahin: daß Julian in dem vorliegenden Falle die nichtig hinterlassene directe Freiheit als fideicommissarische habe aufrecht erhalten wollen. Diese letztere Ansicht geht nun in grammatischer Beziehung allerdings am ungezwungensten aus den obigen Worten hervor; sie läßt sich aber auch juristisch hinlänglich rechtfertigen. Denn wenn man es auch keinesweges als Regel aufstellen kann, daß die einem fremden Sklaven im Testamente oder Codicille nichtig hinterlassene directe Freiheit als fideicommissarische aufrecht erhalten worden sei[27]), so spricht doch in dem vorliegenden Falle, wo der Sklave bereits schon zur Zeit des Codicilles, in welchem ihm die Freiheit hinterlassen wurde, im Eigenthume des Erblassers war, und die directe Freiheit nur durch unsere Fiction verhindert wurde, eine augenscheinliche Billigkeit für Aufrechterhaltung der Freiheit in dem Maaße, wie sie der Erblasser selbst gültig hätte anordnen können[28]), zumal wenn man berücksich-

24) a. a. O. (S. 1. Note 1.) nr. 9. p. 480.

25) a. a. O. §. 1912. S. 1317. fg.

26) z. B. *Emanuel* Costa, angeführt von Altamiranus l. c. nr. 10. p. 481.

27) Dies beweist die Fassung der in Note 19. angeführten Beweisstellen, sowie L. 108. §. 9. D. *de leg. I.* vgl. mit Gaji *Inst.* Lib. II. §. 267. Ulpiani *Fragm.* Tit. II. §. 7.

28) Man darf die Entscheidung Julians nur nicht, wie dies von den bei Altamiranus a. a. O. Nr. 9. a. E. erwähnten Juristen geschieht, dadurch motiviren, daß die nichtig hinterlassene directe Freiheit stets als fidei-

tigt, daß auch in anderen ähnlichen Fällen die nichtig hinterlassene directe Freiheit in favorem libertatis als fideicommissarische aufrecht erhalten wurde [29]).

Ueber die Entscheidung des ersten Falles (Nr. 1.) dagegen herrschen wegen der Lesart: **non recte libertas directa datur** sehr verschiedene Ansichten. Es kann indessen keinem Zweifel unterliegen, daß dieses **non** gestrichen [30]), und damit die directe Freiheit für gültig hinter-

commissarische aufrecht erhalten sei (siehe Note 27.), oder daß es wenigstens in der Natur der Codicille liege, daß die darin nichtig hinterlassenen directen Anordnungen von selbst als fideicommissarische aufrecht erhalten worden seien, arg. L. 76. D. *ad S. C. Trebell.* Vgl. die Erklärung dieser Stelle in §. 1514.

29) Dies geschah namentlich 1) wenn der Eigenthümer seinem einem Dritten verpfändeten Sklaven die directe Freiheit hinterlassen hatte, und der Pfandnexus zur Zeit der Erbschaftsantretung, wo dies libertatis venit, noch nicht aufgelöst war. L. 24. §. 10. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.) Denn im entgegengesetzten Falle stand der directen Freiheit überall kein Hinderniß im Wege. L. 33. i. f. D. *de poenis* (XLVIII. 19.) 2) Wenn der Erblasser einen Sklaven des eingesetzten Universalerben zum Universalfideicommissar, neben Hinterlassung der directen Freiheit, ernannt hatte. Hier konnte der Sklave zwar seinen Herrn nicht zur Erbschaftsantretung zwingen lassen; allein wenn Letzterer freiwillig angetreten hatte, so mußte er dem Sklaven wenigstens die fideicommissarische Freiheit gewähren und demselben sodann die Erbschaft restituiren. L. 16. §. 13. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.) — Sonstige Begünstigungen der hinterlassenen Freiheit finden sich noch in L. 39. pr. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.) L. ult. D. *de pecul. castr.* (XLIX. 17.)

30) In S. R. Jauch *medit. critic. de negationibus*

lassen erklärt werden muß. Denn erstens will Julian gerade Beispiele für die Anwendung der codicillarrechtlichen Fiction, und keineswegs für die ausnahmsweise Ausschließung derselben geben. Wenn nun der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung und zur Zeit seines Todes[31]) Eigenthümer des Sklaven, und letzterer nur zur Zeit der in dem Codicille angeordneten Freiheit in fremdem Eigenthume gewesen war, so mußte ja, sobald man die codicillarrechtliche Fiction anwendet, die Freiheit für gültig erklärt werden. Zweitens will Julian offenbar durch Anwendung der codicillarrechtlichen Fiction für die zwei verschiedenen Fälle, wie die Worte et contra beweisen, auch eine verschiedene Entscheidung herbeiführen. Drittens sprechen für die Tilgung der Negation die bisher dargestellten allgemeinen Grundsätze über die codicillarrechtliche Fiction, und viertens endlich ist dafür unmittelbar entscheidend eine nachher noch zu erklärende Parallelstelle von Paulus[32]), ganz abgesehen davon daß es sich auch sehr gut erklären läßt, wie die Negation in den Text hinein corrigirt worden ist[33]). Unter diesen Umständen kann es nicht auffallen, daß sich

pand. flor. etc ist diese Stelle ganz übersehen worden. Sie hätte in cap. 13. de negat. quas Cujacius pand. flor. detrahi voluit hinter Nr. 11. gehört.

31) Denn dies wird nach dem Folgenden hier stillschweigend vorausgesetzt.

32) L. 26. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.) S. 247. fg.

33) Dies ist nämlich offenbar von Jemandem geschehen, welcher die Schlußworte et ideo licet etc. auf beide Fälle, Nr. 1. und 2. bezog, und deßhalb natürlich bei Nr. 1. die Negation vermißte, da nach seiner Ansicht in dem Schlußsatze die Ungültigkeit der directen Freilassung auch für Nr. 1. ausgesprochen war.

die bedeutendsten Auctoritäten der älteren und neueren Zeit für die Emendation der Stelle durch Tilgung der Negation erklärt haben [34]).

Dennoch hat es auch nicht an Vertheidigern der Negation gefehlt. Peter Faber [35]) meint, die Negation müsse deshalb beibehalten werden, weil der Jurist nicht erwähne, daß der Erblasser das Eigenthum des Sklaven nach der Errichtung des Codicilles wieder erworben habe, und dies als Factum nicht vermuthet werden könne. In diesem Falle wäre nun freilich die Freiheit wirklich ungültig hinterlassen gewesen; allein der Jurist hätte den Umstand, daß der Erblasser zur Zeit seines Todes nicht Eigenthümer des Sklaven gewesen war, als den eigentlichen Entscheidungsgrund nothwendigerweise um so mehr hervorheben müssen, da in diesem Falle die Frage über Anwendbarkeit oder Nicht-Anwendbarkeit der codicillarrechtlichen Fiction ganz irrelevant war, und der Leser ohne dies nothwendigerweise annehmen mußte, daß der Verfasser der Stelle in den qu. Worten ein Beispiel für die Anwendung der codicillarrechtlichen Fiction hinzufügen wolle. Daß der Jurist für beide Fälle stillschweigend voraussetzt, daß der Erblasser zur Zeit seines Todes Eigenthü-

34) *Jac.* Cujacius (S. 1. Note 1. cit.) p. 1882. *Ant.* Faber not. 22. cit. *Ant.* Schulting Notae ad Digesta in h. L. T. V. p. 177. *R.* Pothier *Pandectae Justinian.* h. t. Nr. XX. (welcher die Negation geradezu im Texte fortläßt.) *Em.* Dunius l. c. p. 95. not. c. Westphal a. a. O. §. 1912. S. 1317. v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2ter Th. S. 450. K. Witte a. a. O. S. 677. Note 41. — Auch Hunger im deutschen corp. jur. civ. Th. 3. S. 212. Note 290. hat die Negation fortgelassen.

35) *Semestria* L. II. cap. 19. (Lugd. 1592.) p. 264. sqq.

mer des Sklaven war, erklärt sich aber sehr einfach daraus, daß es dem Juristen nur darauf ankam, den Einfluß der Verschiedenheit der Eigenthumsverhältnisse zur Zeit des Testamentes und Codicilles zu beleuchten, und daß er daher die übrigen allbekannten Erfordernisse einer gültigen directen testamentarischen Freilassung besonders hervorzuheben für vollkommen überflüssig hielt. Eine andere, aber noch unrichtigere Beweisführung zur Rechtfertigung der Negation hat Altamiranus[36]) versucht. Er geht nämlich davon aus, daß wenn in dem Zeitraume zwischen Testament und Codicill eine einflußreiche Veränderung in den juristischen Zuständen (in iis quae juris sunt)[37]) eingetreten sei, die codicillarrechtliche Verfügung nur Gültigkeit gehabt habe, wenn sie sowohl nach den Rechtsverhältnissen zur Zeit des Testamentes, als auch nach denen zur Zeit des Codicilles gültig gewesen sei. Altamiranus erfordert demnach in dem vorliegenden Falle, wo in der Zwischenzeit eine Veränderung des Eigenthums an dem Sklaven, mithin eines juristischen Zustandes vor sich gegangen sei, zur Gültigkeit der directen Freilassung, daß der Sklave in beiden Zeitpunkten, zur Zeit der Errichtung des Testamentes und des Codicilles in dem vollen Eigenthume des Erblassers gewesen sei, wenn er auch in der Zwischenzeit einmal in fremdem Eigenthume gestanden habe. Hiernach hätte Julian in beiden Fällen die Ungültigkeit der directen Freilassung annehmen müssen, im ersten Falle, weil der Sklave zur Zeit des Codicilles, und im zweiten Falle, weil er zur Zeit des Testamentes nicht im Eigenthume des Erblassers gestanden habe. Deshalb habe Julian im Schlußsatze auch im

36) S. 1. Note 1. cit. nr. 9. p. 480.

37) arg. L. 7. §. 1. D. h. t. Siehe die Erläuterung dieser Stelle unten bei Note 63.

Plural: **et ideo licet directae libertates deficiant etc.** geredet, weil er von der Ungültigkeit der Freilassung in beiden Fällen ausgegangen sei. Allein diese ganze Idee widerstreitet entschieden dem Wesen der codicillarrechtlichen Fiction, wie dieselbe bisher nach den Quellen dargestellt worden ist. Denn wenn namentlich nach Julians eigenem Ausspruche die Verfügungen im Codicille so betrachtet werden sollen, „**ac si in testamento scripta essent**", so kann unmöglich daneben noch auf die Verhältnisse zur Zeit des Codicilles Rücksicht genommen werden. Die ganze Ansicht wird aber insbesondere noch durch die bereits erklärte **L. 8. §. 5. D.** *h. t.* (S. **235.** fgg.), in welcher nach der jenseitigen Argumentation das Legat wegen der Rechtsverhältnisse zur Zeit des Testamentes für ungültig erklärt werden müßte, so wie durch sämmtliche nachfolgende Beispiele widerlegt. Der von Julian gebrauchte Plural erklärt sich aber, sobald man nur in Gemäßheit der Note **21.** ein Komma setzt, einfach dadurch, daß Julian alle künftigen Fälle der gleichen Art im Auge gehabt hat.

Diese Zurückbeziehung muß nun natürlich auch bei den widerrufenden Verfügungen eintreten. Ein gültig adimirtes Legat war daher nicht **in causa caduci**, sondern galt **pro non scripto** [38]), und auf gleiche Weise mußte ein Legat stillschweigend hinfällig werden, wenn

38) L. 14. pr. D. *de leg. I.* (aus Ulpiani lib. 15. ad Sabinum) . . nam quod ademtum est, nec datum videri secundum Celsi et Marcelli sententiam, quae vera est. Denn wenn Ulpian in dieser Stelle zunächst auch von den Fällen spricht, wo die ademtio in demselben Testamente, welches die datio enthielt, vorgenommen war, so hat doch dieser letzte Rechtssatz offenbar eine allgemeinere Beziehung.

der Erblasser in einem Codicille gültigerweise Anordnungen widerrufen hatte, welche als nothwendige Voraussetzungen des Rechtsbestandes des Legats in Betracht kommen. Wenn daher z. B. der Erblasser seinem Sklaven in einem Testamente die Freiheit und ein Legat hinterlassen hatte, und später in einem bestätigten[39]) Codicille die Freiheit widerrief, so wurde damit von selbst auch das Legat hinfällig, weil es nach den auf S. 235. fgg. entwickelten Grundsätzen ohne die Freiheit nicht bestehen konnte. Mit Recht sagt daher Venulejus in lib. 10. actionum[40]): **Cum libertas adimitur, legata servis relicta nihil attinet adimi**, d. h. wenn die Freiheit widerrufen wird, so ist es nicht nöthig, daß auch die den Sklaven hinterlassenen Legate widerrufen werden. Diese stillschweigende Aufhebung des Legates setzte indessen immer voraus, daß die Freiheit gültig adimirt war. Interessante Anwendungen dieses letzteren Grundsatzes finden sich in dem bereits oben erwähnten Fragmente des Paulus[41]), welches schon von Cujacius[42]) eine „**difficilis et subtilis lex**" genannt, und auch von anderen Schriftstellern mehrfach erläutert worden ist[43]). Dasselbe lautet folgendermaaßen:

Si servo cum libertate dato legato et alienato adimatur libertas, quamvis alieno inutiliter adi-

39) Denn siehe §. 1511. b. S. 202. Nr. b.

40) L. ult. §. 1. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.)

41) L. 26. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.)

42) *Comment. in Lib.* 9. *quaestionum* PAULI ad h. L. (in Opp. T. I. p. 713—715.)

43) *Detlev.* LANGEBEK annotat. cap. 32. (in OTTO Thesaurus T. I. p. 570.) *Barth.* CHESIUS *de different. jur.* cap. 2. (in der Jurisprudentia Rom. et Attica. T. II. p. 615. sqq.)

matur, tamen legatum ad emtorem non perventurum et merito; constitit enim ademtio, quia possit redimi: sicut datio, cum in eum confertur, qui testamenti faciendi tempore fuit testatoris, deinde alienato codicillis libertas datur.

§. 1. Quid ergo si eum, quem liberum esse jusserat, manumiserat vivus, deinde codicillis libertatem ei ademerit? Videamus an perdiderit legatum vana ademtio libertatis, quod quidam putant: sed supervacua scriptura non nocet.

Fassen wir zuerst den §. 1. ins Auge, weil er die geringsten Schwierigkeiten darbietet, so haben wir es hier mit folgendem Rechtsfalle zu thun. Der Erblasser hatte, einen in seinem Testamente mit der Freiheit und einem Legate bedachten Sklaven später unter Lebenden freigelassen; er hatte darauf in einem bestätigten[44]) Codicille die Freiheit, nicht aber das Legat widerrufen, und es entstand nun die Frage, ob der Freigelassene das Legat in Anspruch nehmen könne oder nicht? Wollte man hier die ademtio libertatis vermöge der codicillarrechtlichen Fiction so betrachten, als wenn sie in dem Testamente niedergeschrieben wäre, so war natürlich das Legat nichtig, weil es dann als von Anfang an ohne Freiheit hinterlassen galt. Allein die Anwendung der codicillarrechtlichen Fiction auf diesen Fall, wie sie von mehreren römischen Juristen wirklich vertheidigt wurde, wird hier von Paulus und mit Recht getadelt. Denn eine nichtige ademtio libertatis kann überall nicht Gegenstand der codicillarrechtlichen Fiction sein. Nichtig ist aber die ademtio in allen Fällen, wo das Object der datio zur Zeit der ademtio

44) Siehe §. 1511. b. S. 204. Note 36.

nicht mehr existirt, weil die letztere hier, ohne oder mit Zurückbeziehung, doch nicht realisirt werden kann. In dem vorliegenden Falle war nun die letztwillige Hinterlassung der Freiheit durch die **manumissio inter vivos** bereits hinfällig geworden; es existirte daher in dieser Beziehung überall keine letztwillige Liberalität mehr, welche widerrufen werden konnte [45]. War daher die **ademtio libertatis** in sich selbst ungültig, so konnte sie natürlich auch keinen Einfluß auf das von Anfang an gültig errichtete, durch die **manumissio inter vivos** natürlich nicht aufgehobene [46], und daher vollkommen zu Recht bestehende Legat ausüben, oder wie Paulus sagt: **supervacua scriptura non nocet legato** [47]. Man könnte zwar hiegegen möglicherweise noch einwenden, daß der freigelassene Sklave später seine Freiheit verlieren und auf irgend

45) Paulus nennt die **ademtio** in unserer Stelle daher auch eine **vana ademtio**, eine **supervacua scriptura**, und in dem ähnlichen Falle der Note 47. eine **ademtio nullius momenti**.

46) Daß in diesem Falle der freigelassene Sklave die ihm von Anfang an gültig **cum libertate** hinterlassenen Legate erhalte, geht nicht bloß aus dem allgemeinen Principe der Note 9. (S. 236.) hervor, sondern wird auch ausdrücklich bezeugt in **L.** 38. **§.** 4. **D.** *de hered. instit.* (**XXVIII.** 5.) **L.** 86. **D.** *de condit. et demonstr.* (**XXXV.** 1.) Vgl. auch **§.** 1. **J.** *de hered. instit.* (**II.** 14).

47) Auf gleiche Weise entscheidet Paulus in **L.** 27. **§.** 1. **D.** *de adim. legat.* (**XXXIV.** 4.) den Fall, wo ein mit einem Legate Bedachter einem Dritten legirter Sklave später **inter vivos** manumittirt, und darauf dem Legatar adimirt war, dahin, daß diese **ademtio nullius momenti** sei, und daher der Freigelassene selbst das Legat in Anspruch nehmen könne.

eine Weise wieder Sklave seines früheren Herrn werden[48]), und daß für diesen Fall dann doch noch die testamentarische Freilassung von Wirkung werden könne. Allein dies ist nach römischen Ansichten unmöglich. Denn wenn auch der Freigelassene wirklich wieder Sklave werden sollte, so ist dies im juristischen Sinne doch nicht mehr der alte sondern ein ganz neuer Sklave[49]), auf welchen die früheren Verfügungen gar nicht mehr angewendet werden können. Ueberhaupt soll die traurige Eventualität, daß ein freier Mensch später seine Freiheit einbüßen könne, im Rechtsverkehre überall nicht berücksichtigt werden[50]).

Ganz anders gestaltet sich aber die Entscheidung, wenn wir in dem eben besprochenen Rechtsfalle annehmen, daß der Erblasser den Sklaven nicht freigelassen sondern **verkauft** hatte, und von diesem Falle handelt das principium der Stelle. Auch hier scheint die ademtio

48) z. B. bei der bekannten revocatio in servitutem, wenn der Freigelassene Angeber aufstellte, welche den status seines Patrons verdächtig machen sollten, Suet. in Claud. cap. 25. vgl. mit L. 5. pr. D. *de jure patron.* (XXXVII. 14.) u. s. w.

49) **Paulus** sagt deshalb in dem in Note 47. erwähnten ähnlichem Rechtsfalle: nam et si rursus in servitutem reciderit, non tamen legatum ejus resuscitabitur, **novus** enim videtur homo esse, und bemerkt in L. 98. §. 8. D. *de solut.* (XLVI. 3.), daß eine auf das dare eines Sklaven gerichtete, und durch die Freilassung desselben vernichtete obligatio nicht wieder auflebt, auch wenn der Freigelassene später wieder Sklave werden sollte: et si servus effectus sit **alius** videtur esse.

50) L. 34. §. 2. D. *de contrah. emt.* (XVIII. 1.) L. 83. §. 5. D. *de V. O.* (XLV. 1.)

libertatis nichtig, und daher ein Recht des Käufers auf das Legat begründet zu sein[51]). Denn die directe Freiheit ist durch den Verkauf des Sklaven hinfällig geworden[52]), und es scheint daher kein Object mehr für die ademtio libertatis vorhanden zu sein, indem einem fremden Sklaven die directe Freiheit so wenig gegeben[53]), wie genommen[54]) werden kann. Nichtsdestoweniger erklärt Paulus die ademtio libertatis für gültig und damit das Legat nach den obigen Grundsätzen für erloschen („tamen legatum ad emtorem non perventurum"). Denn die directe Freiheit war für den Sklaven durch den Verkauf noch keineswegs unwiederbringlich verloren. Wenn nämlich der Erblasser den Sklaven wieder an sich kaufte, oder sonst wieder eigenthümlich erwarb, so daß er zur Todeszeit des Erblassers in dessen Eigenthume stand, so wurde ja, nach den oben besprochenen Grundsätzen, die Freiheit realisirt. Die ademtio libertatis konnte also allerdings für diesen Fall möglicherweise von Wir-

51) Denn auf das einem Sklaven gültig hinterlassene Legat konnte derjenige Anspruch machen, welcher die legati cedente Eigenthümer desselben war. L. 47. L. 86. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.) L. 91. § 3. 5. D. *de leg. I.* — Vgl. auch §. 1. J. *de hered. instit.* (II. 14.) L. 9. §. 16. L. 38. §. 2. D. *eod.* (XXVIII. 5.)

52) „Destitisse enim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit" heißt es in §. 1. J. *de hered. instit.* (II. 14.), von dem Falle, wo der zum Erben cum libertate eingesetzte Sklave später vom Erblasser veräußert wird.

53) Siehe Note 19. (S. 239.) und Pauli *Sent. Rec.* Lib. III. Tit. 4. B. §. 7. L. 49. pr. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5.)

54) Siehe Note 55.

kung werden, und war daher keineswegs als nichtig zu betrachten („constitit enim ademtio, quia possit redimi" sc. servus). Paulus bestärkt dies noch weiter durch den Schluß von der datio auf die ademtio[55]). Er sagt nämlich: unter denselben Verhältnissen wie hier die ademtio libertatis vorgenommen sei, hätte ja auch eine datio libertatis vorgenommen werden können. Wenn nämlich der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung Eigenthümer des Sklaven gewesen war, so konnte er ja demselben, auch nachdem er ihn verkauft hatte, in einem bestätigten Codicille die directe Freiheit gültig ertheilen. Die datio libertatis galt hier vermöge der codicillarrechtlichen Fiction als von Anfang an gültig ertheilt[56]), und die Worte: sicut datio[57]), cum in eum confertur, qui

55) Negativ wird dieser Schluß von Florentinus in L. 14. §. 1. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.) folgendermaaßen gemacht: quibus in causis datio legati inutilis est, ex iisdem ademtio inefficax habetur.

56) Sollte sie freilich später ins Leben treten, so mußte der Erblasser das Eigenthum an dem Sklaven wenigstens zur Zeit seines Todes wieder erlangt haben. Siehe S. 239. Note 18.

57) Da in dem unmittelbar voraufgehenden Satze: constitit enim ademtio quia possit redimi, von der ademtio libertatis gehandelt wird, so können die Worte: sicut datio nur durch den Zusatz: libertatis constitit ergänzt werden, wie dies auch in der *Gloss. Accurs.* datio ad *h. L.* und von Cujacius a. a. O. ganz richtig geschehen ist. Andere Juristen, wie z. B. Westphal §. 1445. S. 991., Hulot in der französischen Uebersetzung der Pandekten (T. V. p. 69.) haben diese Worte auf die datio legati bezogen, und supponiren damit den Fall, daß dem Sklaven im Testamente ein Legat, und nachdem er verkauft war, in dem bestätig-

testamenti faciendi tempore fuit testatoris deinde alienato codicillis libertas datur, enthalten demnach genau gerade denselben Fall, welchen Julian in der oben (S. 237.) erklärten Stelle unter Nr. 1. behandelt hatte[58]).

Werfen wir nun einen Blick auf die bisherigen Entscheidungen der Quellen zurück, so enthalten sie zwar nur Beispiele, welche für uns unpractisch sind. Allein wir haben dadurch doch den in vielen Beziehungen noch practischen Rechtssatz gewonnen:

daß die regula Catoniana auf die codicillarrechtlichen Verfügungen nicht nach den Verhältnissen

ten Codicille die Freiheit hinterlassen war. Die Entscheidung wäre freilich auch richtig, und die Stelle sodann als Parallelstelle zu L. 8. §. 5. D. *h. t.* (S. 235.) zu benutzen. Allein der grammatische und logische Zusammenhang der Stelle redet offenbar der Erklärung im Texte das Wort.

58) Altamiranus a. a. O. findet natürlich durch diese Stelle seine obige Theorie (S. 245. fg.) im höchsten Grade gefährdet. Er schlägt daher vor, entweder geradezu zu suppliren, daß der Erblasser den veräußerten Sklaven zur Zeit der Errichtung des Codicilles bereits wieder an sich gekauft gehabt, oder, was er noch für gelungener hält, anzunehmen, daß die Worte sicut datio etc. nur ein unterstützendes Beispiel für die im Anfange aufgestellte Behauptung: legatum ad emtorem non perventurum enthalten sollten, so daß, weil hier die Freiheit ungültig hinterlassen sei, auch das Legat nicht zu Recht bestehe. Dem Resultate nach wäre dann also zu den Worten: sicut datio zu suppliren: legati non constitit. Allein die letzte Erklärung ist, abgesehen von ihrer juristischen Unrichtigkeit, grammatisch unmöglich, und die erste wegen ihres divinatorischen Characters unhaltbar.

zur Zeit des Codicilles, sondern nach denen zur Zeit des Testamentes zur Anwendung gebracht wird [59]).

Ja unsere codicillarrechtliche Fiction hat noch einen weiteren Umfang als die **regula Catoniana**. Sie erstreckt sich nämlich auch auf die active Testamentifaction [60]) dergestalt, daß dadurch in Gemäßheit des S. **53.** fgg. entwickelten Grundsatzes auch Codicille aufrecht erhalten werden können, welche von einem Testirunfähigen errichtet worden sind. Da indessen diese Anwendung der codicillarrechtlichen Fiction bereits oben in §. **1510.** S. **53—73.** genauer vorgetragen werden mußte, so können wir sofort zu der Betrachtung der von unserer Fiction vorkommenden Ausnahmsfälle übergehen.

Alle diese Ausnahmsfälle, über welche ein sich schon früh mit dem Siege der Proculianer endender [61]) Sektenstreit zwischen diesen und den Sabinianern bestand [62]),

59) Eine genauere Ausführung der einzelnen Fälle muß ich mir natürlich für die Darstellung der **regula Catoniana** in §. 1563. vorbehalten.

60) Denn nach der richtigeren, in §. 1563. zu vertheidigenden Ansicht ist die **regula Catoniana** nicht auf die active Testamentifaction zu beziehen. Siehe vorläufig v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen Bd. 2. §. 540. Anm. Nr. 5. S. 515—517. Puchta Pandekten §. 522. Note e.

61) Denn selbst spätere Sabinianer, wie Julian und Gajus, stimmten dem Proculus bei. Vgl. **L.** 2. pr. §. 1. **L.** 4. **D.** *h. t.* **L.** 7. pr. **D.** *qui et a quib. manum.* (S. 282.) **L.** 17. §. 4. **D.** *de test. mil.* (S. 274.)

62) **L.** 14. pr. **D.** *h. t.* (S. 263. fgg.) — Dirksen in den Beiträgen zur Kunde des römischen Rechts 1. Abh. „Schulen der römischen Juristen" hat unsere Stelle auf S. 30. Note 70. und S. 33. Note 76. zwar be-

lassen sich nun auf das allgemeine Princip zurückführen, welches **Marcianus**[63]) folgendermaaßen ausdrückt:

Praeterea in illis, quae non juris sed facti sunt, non est perinde habendum quod codicillis scribitur, atque si, ubi[64]) confirmatio[65]), scriptum fuisset, veluti si ita in codicillis scriptum erit:

rücksichtigt, allein die Controverse nicht ausführlicher behandelt, einmal weil wir in unserer Stelle nur Relationen nach dem Gedächtnisse besitzen, und sodann wohl auch wegen des bei Note 61. berührten Grundes.

63) L. 7. §. 1. D. *h. t.*

64) Ubi ist hier nach L. 2. §. 2. L. 14. D. *h. t.* in seiner gewöhnlichen Beziehung auf den Ort und nicht mit der französischen und deutschen Uebersetzung auf die Zeit zu beziehen. Vgl. die folgende Note.

65) Wenn die Lesart richtig ist, so muß man zu confirmatio ergänzen: scripta est, so daß die Stelle vollständig würde gelautet haben: atque si ibi scriptum fuisset (sc. legatum) ubi confirmatio scripta est (sc. in testamento.) Wahrscheinlich ist indessen die Stelle verdorben, weil es auch in den folgenden Sätzen zweimal an einer gehörigen grammatischen Verbindung mangelt. — **Haloander** liest: ubi confirmantur (*Dionys.* Gothofredus in notis ad h. L. schreibt irrthümlich dem **Haloander** die Lesart: ubi confirmavit zu.) Contius in der glossirten Ausgabe von 1559. liest: „atque si ibi confirmatio scripta fuisset. *Guil.* Best ratio emendandi leges cap. 24. nr. 2. erwähnt die Lesart: ubi confirmatur, und schlägt selbst die Conjectur: ubi confirmat eos vor, welche Lesart aus dem handschriftlichen: confirmateoscriptum abzuleiten sei, indem hier ein unachtsamer Abschreiber, statt das s durch Gemination zu verdoppeln, das e in ein i verwandelt, und dadurch Veranlassung zu der jetzigen Lesart gegeben habe.

vestem quae mea est, codicillorum tempus spectandum, non quo confirmantur. Item *si Titius vivus est*, vel: *si tot annis est*, codicillis legavit Sejo, tempus codicillorum, non quo tempore fit testamentum, spectandum.

Das principium dieser Stelle ist bereits oben S. 54. fgg. erläutert. Marcian behandelte darin den Fall, wo die codicillarrechtliche Fiction wegen der fictio legis Corneliae nicht eintreten konnte. Von diesen, dem reinen Rechtsgebiete angehörenden speciellen Falle geht er nun mit den Worten praeterea zu der Aufstellung eines allgemeinen Principes über, durch welches die Anwendung der codicillarrechtlichen Fiction für bestimmte Fälle ausgeschlossen wird. Dieses Princip lautet:

Wenn in dem Zeitraume zwischen der Errichtung des Testamentes und des Codicilles eine das Legat berührende Veränderung bloß in den faktischen Zuständen eingetreten ist, so wird das Legat nach den Verhältnissen zur Zeit des Codicilles und nicht nach denen zur Zeit des Testamentes beurtheilt.

Denken wir uns z. B., um das eine der von Marcian selbst gewählten Beispiele genauer zu analysiren, daß der Erblasser dem Sejus in einem bestätigten Codicille ein Legat auf den Fall, daß Titius noch am Leben ist[66], hinterlassen hat, und daß Titius in dem

66) Es ist dies eine s. g. uneigentliche Bedingung, eine conditio in praesens collata, welche das Rechtsgeschäft, welchem sie hinzugefügt wird, gar nicht suspendirt, indem das letztere, je nach den Verhältnissen, entweder von Anfang an nichtig oder von Anfang an gültig ist. §. 6. J. *de V. O.* (III. 16.) L. 100. D. *de V. O.* (XLV. 1.) L. 3. §. 13. D. *de bonis li-*

Zeitraume zwischen der Errichtung des Testamentes und Codicilles gestorben ist, so gelangen wir natürlich zu ganz verschiedenen Resultaten, je nachdem wir das Legat nach den Verhältnissen zur Zeit des Testamentes oder des Codicilles beurtheilen. In dem ersten Falle müssen wir das Legat für ein **legatum purum** erklären, weil Titius damals noch lebte; im zweiten **pro non scripto**, weil Titius zur Zeit der Errichtung des Codicilles bereits verstorben war. Da hier nun die Gültigkeit des Legates von einem faktischen Zustande abhängt, so mußte das Legat nothwendigerweise **pro non scripto** erklärt werden. — Dagegen scheint das andere Beispiel von dem Vermächtnisse der „**vestis quae mea est**“ unglücklich gewählt oder vielmehr geradezu unrichtig zu sein. Denn wenn der Erblasser erst in der Zwischenzeit zwischen dem Testamente und dem Codicille das Eigenthum an gewissen Kleidungsstücken erwirbt, so scheint die Frage: ob diese Kleidungsstücke unter das Legat fallen? vermöge unserer codicillarrechtlichen Fiction verneint werden zu müssen, weil hier eine Veränderung hinsichtlich des Eigenthums, also nicht hinsichtlich eines faktischen, sondern eines rein juristischen Zustandes eingetreten ist. Dennoch hat Marcian ganz richtig entschieden. Denn der von dem Erblasser einem legirten Objecte hinzugefügte Beisatz: **quae mea est** wird nach der in unseren Quellen recipirten Ansicht nicht als **conditio** sondern als **demonstratio** aufgefaßt[67]), so daß in dem vorliegenden Falle unter

bertorum (XXXVIII. 2.) Vgl. den 4. Th. des Commentars §. 337. a. S. 476. fgg., den 41sten Theil §. 1457. S. 64. fgg.

67) Ueber diese Auffassung herrschten allerdings unter den römischen Juristen verschiedene Ansichten, welche wir in **L.** 85. **D.** *de leg. III.* neben einander gestellt finden. Allein der Jurist Pomponius, von welchem

dem Legate alle diejenigen Kleidungsstücke, welche der Erblasser zur Zeit der Errichtung des Codicilles als sein Eigenthum betrachtet hat[68]), mithin also auch z. B. die damals bona fide von ihm besessenen fremden Kleidungsstücke begriffen sind[69]), insofern er sie zu seinem eigenem Gebrauche bestimmt hatte[70]). Die Richtigkeit des von Marcian aufgestellten Principes wird nun durch eine Reihe einzelner Entscheidungen, welche an verschiedenen Orten der Quellen zerstreut vorkommen, auf das Bündigste bewiesen, und bedürfen dieselben hier einer um so genaueren Erklärung, da gerade der Mangel an Einsicht in das Wesen und den Umfang der codicillarrechtlichen

diese Stelle herrührt, entscheidet sich in folgenden Worten: „Et ideo elegans est illa distinctio, ut quoties certum corpus legatur, ad praesens tempus adjectum hoc verbum: *Meum*, non faciat conditionem: si vero incertum corpus legetur (veluti ita: *vinum meum, vestem meam*) videatur pro conditione hoc verbum esse *Mea*, ut ea demum, quae illius sunt, videantur, legata. Quod non puto fortiter posse defendi, sed potius et hic vestem vel vinum, quod suorum numero habuerit, hoc legatum esse" etc. für die Auffassung im Texte. Vgl. noch **L.** 6. **D.** *de leg. I.* von Julian und **L.** 71. **L.** 72. *de leg. III.* von Paulus. Das Genauere hierüber kann freilich erst in der Lehre von der demonstratio in §. 1570. vorgetragen werden.

68) Die nach Errichtung des Codicilles erst angeschafften Kleidungsstücke waren unter diesem Legate nicht mit begriffen. Vgl. **L.** 7. **L.** 40. **D.** *de auro argento leg.* **XXXIV.** 2.) **L.** 41. §. 4. **D.** *de leg. III.*

69) **L.** 73. §. 1. **D.** *de leg. III.*

70) **L.** 25. §. 6. **D.** *de auro arg. leg.* (**XXXIV.** 2.) Vgl. **L.** 32. §. 4. **D.** *eod.* **L.** 73. §. 3. 4. **D.** *de leg. III.*

Fiction bei der bekannten in §. 1513. f. zu besprechenden Streitfrage über die Form der bestätigten Codicille Veranlassung zu den bedeutendsten Irrthümern gegeben hat.

Die erste Anwendung dieses Principes wird auf diejenigen Fälle gemacht, in welchen der Rechtsbestand des Vermächtnisses von dem Leben einer bestimmten Person zu einem bestimmten Zeitpunkte abhing. Dies war namentlich hinsichtlich des Honorirten der Fall. In dieser Beziehung äußert sich Julian im 37sten Buche der Digesten[71]) folgendermaaßen:

> Si ei qui post testamentum factum et ante codicillos scriptos natus esset, codicillis per fideicommissum aliquid daretur, utile est.

Behufs der Erklärung dieser Stelle muß man sich an den Grundsatz des Ante-Justinianeischen Rechtes erinnern, daß ein postumus alienus weder mit einem Legate noch mit einem Fideicommisse bedacht werden konnte[72]). Wenn nun der Erblasser in einem testamentarischen Codicille einer damals lebenden, nicht zu seinen suis heredibus gehörenden[73]) Person, welche aber zur Zeit der Te-

71) L. 2. pr. D. *h. t.*

72) Früher waren allerdings Fideicommisse an postumi alieni erlaubt. Später aber wurden dieselben durch ein S. C. unter Hadrian den Legaten gleichgesetzt, d. h. für nichtig erklärt. Gaj. *Inst.* L. II. §. 287. — Nach Justinians Bestimmungen können indessen heutzutage auch postumi alieni mit Vermächtnissen bedacht werden, §. 26. J. *de legat.* (II. 20.). Das Genauere hierüber werde ich bei der Lehre von den Vermächtnissen in §. 1521. vortragen. — Ueber die Einsetzung der postumi zu Erben vergl. den 39. Th. des Commentars. §. 1438. S. 362—423.

73) Denn an einen postumus suus hat Julian augenscheinlich nicht gedacht, da dieser schon nach altem jus

stamentserrichtung noch nicht geboren gewesen war, ein Fideicommiß[74]) hinterlassen hatte, so war das letztere nichtig, sobald man auf den Zeitpunkt des Testamentes sah, weil es dann einem **postumus alienus** zugewandt war, während es sich als gültig herausstellte, wenn man die Zeit des Codicilles berücksichtigte, weil es dann einem bereits Gebornen hinterlassen war. Julian mußte nun nach unserem obigen Grundsatze die Gültigkeit dieser Fideicommisse annehmen, weil es sich hier um einen faktischen Zustand handelte, welcher über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Fideicommisses den Ausschlag geben sollte[75]).

Umgekehrt konnte aber der Fall sich auch so ereig-

civile zu Erben eingesetzt, und mit Legaten, und folglich auch mit Fideicommissen bedacht werden konnte. GAJI *Inst.* L. II. §. 147. §. 242. pr. J. *de b. p.* (III. 9.), so daß es für diesen Fall ganz gleichgültig war, ob man auf die Zeit des Testamentes oder des Codicilles sah.

74) Denn nach den späteren Ausführungen im Texte war die cobicillarrechtliche Fiction auch auf Fideicommisse, mochten sie in einem unbestätigten oder bestätigten Codicille hinterlassen sein, zur Anwendung zu bringen.

75) Unrichtigerweise erklärt CUJACIUS in JULIANI lib. 37. Dig. ad h. L. (Opp. T. I. p. 2126.) diese Stelle daraus, daß postumi alieni zu Julians Zeiten mit Fideicommissen hätten bedacht werden können, arg. L. 5. §. ult. D. *de rebus dubiis* (XXXIV. 5.) L. 127. D. *de leg. I.* Denn abgesehen davon, daß wir jetzt durch Gajus (Note 72.) bestimmt das Gegentheil wissen, so sagt ja auch Julian keineswegs, daß das Fideicommiß gültig gewesen sein würde, wenn es im Testamente hinterlassen gewesen wäre. Die eigentliche Entscheidung beruht eben darauf, daß der Honorirte, als er honorirt wurde, bereits am Leben war,

nen, daß der Honorirte zur Zeit des Testamentes noch lebte, zur Zeit des Codicilles, in welchem ihm ein Fideicommiß hinterlassen war, aber bereits verstorben war. Diesen Fall entscheidet Julian unmittelbar nach dem obigen folgendermaaßen[76]:

Quod si ei qui post testamentum factum et antequam codicilli scriberentur, mortuus esset, datum esset[77], pro non scripto habetur.

Die eigentliche Wichtigkeit dieser Entscheidung hing mit der alten caducorum vindicatio zusammen. Wenn nämlich Jemandem ein Legat von Anfang an ungültig hinterlassen war, so daß es pro non scripto galt, so trat, falls keine Substitution rücksichtlich desselben angeordnet war, entweder das Accrescenzrecht ein, oder das Legat verblieb bei dem onerirten Erben[78]. War dagegen das Legat gültig errichtet, und fiel erst später, noch bei Lebzeiten des Erblassers, aber nicht durch dessen Widerruf, fort, so war es wie Justinian[79]) sich ausdrückt in causa caduci[80], und konnte nun von den dazu berechtigten Personen nach den Grundsätzen der lex

und daß die codicillarrechtliche Fiction aus dem obigen Grunde nicht eintrat. S. auch den 39. Th. des Comment. §. 1438. S. 386.

76) L. 2. §. 1. D. *h. t.*

77) Vermöge der Verbindung des §. 1. mit dem principium der Stelle sind auch diese Worte auf ein Fideicommiß zu beziehen.

78) Gaji *Inst.* Lib. II. §. 199. §. 205. fg. Ulpiani *Fragmenta* Tit. XXIV. §. 12. 13. — L. *unic.* §. 2. 4. C. *de caducis toll.* (VI. 51.)

79) L. *unic.* §. 2. 4. C. cit.

80) Dieser Kunstausdruck ist uns nur durch Justinian überliefert. Von dem eigentlichen caducum galten aber natürlich die nämlichen Bestimmungen wie im Texte.

Julia et Papia Poppaea als **caducum** vindicirt werden[81]). Die später entstandenen Fideicommisse wurden nun allmählig diesen Normen der Caducität unterworfen[82]), so daß das Fideicommiß, welches **pro non scripto** galt, bei dem damit Onerirten verblieb[83]). In dem vorliegenden Falle war daher die Frage: ob die Zeit des Testamentes oder des Codicilles zu berücksichtigen sei, praktisch sehr wichtig, indem in dem ersten Falle die Caducität eintrat, während im zweiten Falle das Fideicommiß **pro non scripto** galt. Julian mußte sich nach dem Obigen natürlich für das Letztere erklären. Denselben Fall behandelt auch Marcianus, nur mit dem Unterschiede, daß er von einem Legate spricht, im 7. Buche der Institutionen[84]): **Si post testamentum factum mortuo codicillis quis legaverit, licet testamento confir-**

81) Gaji *Inst.* Lib. II. §. 206—208.

82) Zuerst wurden durch das S. C. Pegasianum die Bestimmungen über den coelebs und orbus auf Fideicommisse ausgedehnt. Gaji *Inst.* Lib. II. §. 286. Allein später wurden auch die übrigen Normen über Caducität auf Fideicommisse übertragen, obgleich dies von den meisten neueren Schriftstellern z. B. Francke Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien S. 113. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon 2. Bd. S. 516 fg. geläugnet wird. Das Nähere hierüber muß ich auf §. 1564. versparen.

83) Denn bei Fideicommissen, welche immer nur ein persönliches Forderungsrecht erzeugten, konnte ein Accrescenzrecht so wenig wie beim Damnationslegate Ulpiani *Fragm.* Tit. XXIV. §. 13. eintreten. Das Nähere hierüber wird in der Lehre von den Vermächtnissen in §. 1524. vorkommen.

84) L. 6. §. 4. D. *h. t.*

matis[85]), pro non scripto legatum sit, und auch die Worte: nullius enim momenti est legatum, quod datum est ei, qui tempore codicillorum in rebus humanis non est, licet testamenti fuerit[86]), in einer gleich nachher zu erklärenden Stelle von Scävola sind offenbar auf den eben behandelten Fall zu beziehen.

Die codicillarrechtliche Fiction tritt aber ferner auch nicht ein, wenn das Leben oder der Tod des Onerirten für die codicillarrechtliche Verfügung von Bedeutung wird. Ueber diesen Fall besitzen wir folgende für die ganze Lehre von den Codicillen höchst wichtige Stelle aus Scävola's Lib. 8. quaestionum[87]):

> Quidam referunt, quantum repeto[88]), apud Vivianum[89]) Sabini et Cassii et Proculi exposi-

85) Denn wenn das Legat in einem unbestätigten Codicille hinterlassen war, so war es schon formell nichtig. Daher die Steigerung mit licet.

86) Hunger im deutschen corp. jur. 3. Bd. S. 318. übersetzt die Worte: licet testamenti fuerit unbegreiflicherweise durch: „obgleich es (sc. das Vermächtniß) zur Zeit des Testamentes gültig war", während die Worte augenscheinlich, sobald man nur den voraufgehenden Satz ins Auge faßt, folgendergestalt zu ergänzen sind: licet testamenti (sc. tempore in rebus humanis) fuerit d. h. obgleich der Honorirte zur Zeit des Testamentes noch gelebt hatte.

87) L. 14. pr. D. *h. t.*

88) D. h. so viel ich mich erinnere. Vgl. Brissonius *Lexicon* und Dirksen *Manuale* s. v. repetere.

89) Vulg. Julianum. Allein die Werke eines so bedeutenden und berühmten Juristen hätte Scävola, welcher selbst Noten zu Julians Digesten geschrieben hatte, (Zimmern römische Rechtsgeschichte 1. Th. §. 41. Note 31.) schwerlich bloß aus dem Kopfe citirt.

tam esse in quaestione hujusmodi controversiam: an legata, quae postquam instituti mortem obierunt codicillis adscripta vel ademta sunt, a substitutis debeantur, id est an perinde datio et ademtio etiam hoc tempore codicillis facta valeat, ac si testamento facta esset, quod SABINUM et CASSIUM respondisse ajunt, PROCULO dissentiente. Nimirum autem SABINI et CASSII collectio, quam et ipsi[90]) reddunt, illa est, quod codicilli pro parte testamenti habentur observationemque et legem juris inde traditam servent. Ego autem ausim PROCULI sententiam verissimam dicere[91]); nullius enim momenti est legatum quod datum est ei, qui tempore codicillorum in rebus humanis non est,

90) Hiermit sind die im Eingange der Stelle erwähnten Referenten der qu. Controverse gemeint.

91) Aus diesem Satze läßt sich nicht ohne Grund ableiten, daß noch Scävola Sabinianer war, der es in diesem Falle wagte, sich für die Ansicht des Proculus zu erklären, nachdem auch schon Julian und Gajus in ähnlichen Fällen dem Proculus Recht gegeben hatten (siehe Note 61.) — *Gottfr.* MASCOVIUS de sectis Sabinianorum et Proculianorum cap. VIII. nr. 5. p. 131. sqq. und CONRADI de vita et scriptis CERVIDII SCAEVOLAE §. 6. (in Opusc. Vol. I. p. 108. sqq.) rechnen ihn wegen dieser Stelle zu der Sekte der miscelliones s. herciscundi. Allein eine solche Sekte hat, nach der übereinstimmenden Ansicht unserer neueren Rechtshistoriker überall nicht existirt. Dirksen Beiträge zur Kunde des römischen Rechts S. 139—142. Zimmern römische Rechtsgeschichte 1ster Th. §. 64. a. E. S. 240. fg. Puchta Cursus der Institutionen 1. Th. §. 100.

licet testamenti fuerit [92]). Esse enim debet cui detur, deinde sic quaeri: an datum consistat, ut non ante juris ratio quam persona quaerenda sit. Et in proposito igitur, quod post obitum heredis codicillis legatum vel ademtum est, nullius momenti est, quia heres, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est, eaque ademtio et datio nunc vana efficietur. Haec in eo herede, qui ex asse institutus erit, dato substituto, ita ut ab instituto codicilli con firmarentur.

Von den in dieser Stelle behandelten zwei Fällen, der datio und der ademtio eines Legates, wollen wir zunächst den ersteren genauer betrachten. Nach den letzten in der französischen Uebersetzung [93]) merkwürdig mißverstandenen, aber gerade die genaueren Angaben über die von dem Juristen in diesem Paragraphen behandelte species facti enthaltenden Worten haben wir uns den Fall folgendermaaßen zu denken. Der Erblasser hatte einen Universalerben eingesetzt, bei dem Institutionsgrade die confirmatorische Clausel hinzugefügt [94]), und schließlich einen Sub-

92) Ueber den Sinn dieser Worte siehe Note 86.

93) Hulot T. IV. p. 300. sq. übersetzt nämlich folgendermaaßen: Il n'en seroit pas (!) de même, si le testateur avoit institué par testament un seul héritier pour toute sa succession, et qu'il lui eût nommé un substitué, parceque le codicille tireroit sa force du testament. (!)

94) Die sonst nicht weiter vorkommende Redensart: ab instituto codicillos confirmare kann unmöglich mit Hunger Note 312. a. a. O. darauf bezogen werden, daß in dem qu. Codicille nur der institutus und nicht der substitutus mit dem Legate onerirt sei. Der Act der Confirmation muß vielmehr mit dem institutus in

stituten ernannt. Nach dem später erfolgten Tode des eingesetzten Universalerben errichtete der Erblasser ein Codicill, und onerirte in demselben den gedachten Universalerben, weil er noch keine Kenntniß von dessen Tode hatte, mit einem Damnationslegate[95]. Der Erblasser starb; der Substitut trat die Erbschaft an, und nun entstand die Frage: ob derselbe zur Entrichtung des qu. Damnationslegates verpflichtet sei? Die Entscheidung dieser Frage hängt aber wieder von den zwei weiteren Fragen ab: ob nämlich der Substitut überhaupt verpflichtet ist, die dem Instituirten gültig auferlegten Legate zu prästiren, falls er zur Succession gelangt, und eventuell ob das qu. Damnationslegat gültig errichtet war oder nicht? Da die Juristen in der ganzen Stelle sich nur mit der Erörterung dieser eventuellen Frage beschäftigen, so haben sie offenbar die präjudicielle Frage bejahet. Denn braucht der Substitut auch die dem Instituirten gültig auferlegten Legate nicht zu prästiren, so wäre die Erörterung, ob das qu. Legat in Beziehung auf den **institutus** gültig oder ungültig errichtet war, eine völlig müssige und überflüssige gewesen[96]. Dabei bietet sich aber freilich die

Verbindung gebracht werden, und in dieser Beziehung spricht die Analogie der Redensart: **exheredare, praeterire ab instituto, a substituto** u. s. w. vgl. z. B. L. 3. §. 2. L. 8. L. 13. L. 14. D. *de liber. et postum.* (XXVIII. 3.) L. 14. §. 1. L. 19. D. *de injust. rupt.* (XXVIII. 3.) für die Erklärung im Texte.

95) Daß der Jurist ein Damnationslegat im Auge gehabt hat, geht aus den Worten: **heres ad quem sermonem conferat, sc. testator**, deutlich hervor, ganz abgesehen davon, daß immer nur von einem **dare** geredet wird.

96) Aus dieser Stelle geht daher auf das Deutlichste her-

Schwierigkeit dar, daß der Rechtssatz: videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta überall erst auf ein Rescript der Kaiser Septimus Severus und Antoninus Caracalla zurückgeführt wird[97]). Um dieser Schwierigkeit zu entgehen haben Altamiranus[98]) und Westphal[99]) angenommen, daß der Erblasser das Codicill zwar an den institutus gerichtet, allein im Texte sich so allgemein ausgedrückt habe, daß die Legate dadurch sowohl dem institutus als dem substitutus auferlegt worden seien. Allein diese Annahme ist unmöglich. Denn da nicht die Ueberschrift des Codicilles, sondern der Inhalt desselben entscheidet[100]), so könnte in diesem Falle gar kein Zweifel daran sein, daß der Substitut zur Zahlung des Legates verpflichtet war, während doch Proculus und

vor, daß die tacita repetitio der Legate nur zugelassen wurde, wenn letztere dem institutus gültig auferlegt waren, und die Behauptung Francke's in den Beiträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien S. 120., daß es hierbei keinen Unterschied begründen könne, aus welchem Grunde der institutus nicht succedire, ob er repudiire, oder ob seine Einsetzung von Anfang an nichtig sei, weil er vielleicht schon vor der Testamentserrichtung, ohne daß der Erblasser darum wußte, gestorben sei, bedarf hiernach einer Berichtigung. Das Genauere über die tacita repetitio wird bei der Lehre von den Vermächtnissen in §. 1522. vorkommen.

97) L. 74. *D. de leg. I.* L. 61. §. 1. D. *de leg. II.* L. 4. *C. ad S. C. Trebell.* (VI. 43.) Die erste Stelle ist bereits in §. 1511. a. S. 182. fg. abgedruckt und theilweise erläutert.

98) in Meerman *Thesaur.* T. II. p. 483. nr. 19.

99) a. a. O. §. 692. S. 510—512.

100) Vgl. §. 1512. Note 26.

Scävola die für die Justinianeische Legislation gebilligte entgegengesetzte Entscheidung aussprechen. Die Schwierigkeit muß daher auf andere Weise beseitigt werden. Dies geschieht aber am einfachsten durch die Annahme, daß der obige Rechtssatz auch schon von mehreren Juristen vor dem qu. Rescripte aufgestellt war[1]), daß er aber durch dasselbe erst allgemeine Anerkennung fand, und daß dann die späteren Juristen sich auf dasselbe, als auf eine der gewichtigsten Auctoritäten berufen[2]). Was nun die Beantwortung der eventuellen Frage anbetrifft, so wollten Sabinus und Cassius dabei die codicillarrechtliche Fiction in voller Strenge durchführen, indem sie behaupteten: **quod codicilli pro parte testamenti habentur, observationemque et legem juris inde traditam servent** d. h. daß die Codicille für einen Theil des Testamentes gehalten würden, und ihren formellen und materiellen Rechtsbestand aus dem Testamente entlehnten und erhielten[3]). Proculus dagegen

1) Diese Behauptung ist auch bereits von Cujacius l. c. p. 1882. aufgestellt, obgleich unsere neueren Juristen immer nur das obige Rescript als den Ursprung des qu. Rechtssatzes anführen z. B. Francke Beiträge S. 119. fgg. Roßhirt a. a. O. S. 13. Witte a. a. O. S. 674. Note 25.

2) Eine ähnliche Erklärung hinsichtlich eines Rescriptes des Kaisers Pius siehe bei v. Savigny Obligationenrecht Bd. 1. S. 63. 64. Vgl. auch Desselben System des heutigen römischen Rechtes Bd. 1. S. 126.

3) Die Worte **observationemque — servent**, in ihrem im Texte angegebenen prägnanten Sinne, sind von den Uebersetzern dieser Stelle gänzlich mißverstanden. So übersetzt z. B. Hunger a. a. O. 3. Th. S. 217. „weil Codicille für einen Theil des Testamentes gehalten werden, so beobachtet man bei ihnen auch als von

erklärte sich gegen die Anwendung der codicillarrechtlichen Fiction auf den vorliegenden Fall, wobei es nur zu bedauern ist, daß uns die eigene Argumentation des Proculus nicht aufbewahrt worden ist[4]). Denn Scävola sucht die Ansicht desselben im Grunde nur durch eine Analogie zu rechtfertigen. Da nämlich die späteren Sabinianer, wie Julianus, in dem Falle, wo ein bereits Verstorbener mit einem Legate in einem Codicille honorirt war, auf die Zeit des Codicilles sahen[5]), so war es nur consequent, daß dasselbe auch geschah, wenn ein bereits Verstorbener mit einem Legate im Codicille onerirt wurde. Der eigentliche Entscheidungsgrund liegt aber eben darin, daß bei eingetretener Veränderung der faktischen Umstände in dem Zeitraume zwischen Te-

daher fließenden gewohnheitlichen und rechtsgesetzlichen Bestimmungen." Allein das Wort observatio geht bei Testamenten vorzugsweise auf die Beobachtung der, durch Gesetz oder Gewohnheit, vorgeschriebenen Formen. Vgl. GAJI *Inst.* Lib. II. §. 109. §. 115. ULPIANI *Fragm.* Tit. XXIII. §. 10. L. 19. §. 2. D. *de pecul. castr.* (XLIX 17.)

4) Auch in dieser Controverse spiegelt sich übrigens der Gegensatz der Schulen klar ab. Sabinus und Cassius halten sich mit einseitiger Strenge an das äußere Moment einer das neue und das alte Recht verbindenden Fiction; Proculus dagegen verwirft sie, in Folge einer freieren und natürlicheren Behandlung, für die außerhalb des Rechtsgebietes liegenden faktischen Verhältnisse. Vgl. über diesen Gegensatz: Dirksen Beiträge zur Kunde des römischen Rechts S. 46., dessen Forschungen bei den neueren Rechtshistorikern allgemeine Anerkennung gefunden haben.

5) L. 2. §. 1. D. *h. t.* (S. 261.) Vgl. auch S. 254. Note 61.

stament und Codicill die Zeit des Codicilles als die allein Maaß gebende angenommen wird.

Aendern wir nun weiter den vorliegenden Fall dahin ab, daß der Erblasser die seinem Universalerben im Testamente auferlegten Legate in einem späteren bestätigten Codicille adimirt hat, nachdem der Universalerbe in der Zwischenzeit verstorben war, so mußten Sabinus und Cassius diese ademtio natürlich für gültig und die Legate daher für vollständig erloschen erklären. Nach der Ansicht des Proculus dagegen mußte die Pflicht zur Zahlung des Legates auf den Substituten übergehen. Denn wenn man hier die Zeit des Codicilles als die entscheidende ansah, so war die ademtio nichtig, weil derjenige, welchem dadurch die Pflicht zur Zahlung des Legates abgenommen werden sollte[6]), bereits verstorben war, so daß diese Pflicht auch ohne die ademtio in seiner Person gar nicht mehr ins Leben getreten sein würde[7]). War aber die ademtio nichtig, so war das Legat gültig geblieben[8]), und mußte nun, nach dem Hinwegfallen des institutus, vermöge der obigen Grundsätze über die tacita repetitio (S. 266. fgg.), von dem Substituten präſtirt werden[9]).

6) Bei der ademtio eines Damnationslegates mußte auch der Onerirte gerade wie bei der datio aufgeführt werden z. B. Titius .. dare damnas non esto. S. §. 1511. b. S. 204. Note 34.

7) Es gilt hier in subjectiver Beziehung gerade alles, was oben (S. 248. fgg.) in objectiver Beziehung über die ademtio bemerkt worden ist.

8) Vgl. L. 1. L. 14. §. 1. L. 3. §. 6. L. 27. §. 1. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.)

9) Völlig unrichtig übersetzt Hulot die Worte: Et in proposito etc. durch: Ainsi, dans l'espèce proposée, les legs sont nuls, puisqu'ils ont été faits

Einen dritten Fall endlich, wo der Rechtsbestand des Vermächtnisses von dem Leben eines Dritten zu einem bestimmten Zeitpunkte abhing, haben wir bereits oben auf S. 256. fgg. kennen gelernt.

Eine zweite Anwendung unseres obigen Ausnahmsprincipes auf den faktischen Zustand des Alters kommt in folgendem Rescripte der Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla[10]) vor:

> **Si codicillos major viginti annis fecisset, confirmationis tempus libertati non nocere certum est: nec enim potestas juris sed judicii consideratur.**

Nach der **lex Aelia Sentia** vom J. 756. p. u. c. (3. n. Chr.) durfte bekanntlich ein noch nicht 20. Jahre alter Eigenthümer („**minor XX. annis**") [11]) Sklaven nur **vindicta apud consilium justa causa manumissionis approbata** freilassen[12]). Dadurch war denn einem solchen **minor** die testamentarische Freilassung seiner

ou ôtés dans le codicille après la mort de l'héritier etc. Denn das Legat bleibt gültig, wenn die ademtio ungültig ist und umgekehrt (siehe Note 8.) Wenn der Jurist daher am Ende der Stelle die ademtio et datio eine vana nennt, so ist damit die Gültigkeit und resp. Ungültigkeit des Legates bezeichnet.

10) L. 1. C. *de testam. manum.* (VII. 2.)

11) Vgl. L. 1. D. *de manum.* (XL. 1.)

12) Gaji *Inst.* Lib. 1. §. 38. §. 4. J. *qui quib. ex caus.* (I. 6.) ibique Theophil. verb.: ἐπὶ ἄρχοντος. — Ulpiani *Fragm.* Tit. I. §. 13. erwähnen zwar die vindicta nicht. Allein die Nothwendigkeit und resp. Ausschließlichkeit dieser Form ergiebt sich nicht bloß aus den obigen Stellen, sondern auch aus der Argumentation der in Note 13. zuerst citirten beiden Stellen. Vgl. auch Lachmann ad *Gaj. I.* §. 38. not. 6. — Ueber

Sklaven geradezu unmöglich gemacht[13]). Hatte er indessen vor dem 20. Jahre nur das die Confirmation enthaltende Testament errichtet, dagegen die directe Freilassung erst nach dem 20sten Jahre in dem bestätigten Codicille angeordnet, so mußte die Freilassung für gültig erklärt werden, da hierbei nach unserm obigen Principe nicht die Zeit des Testamentes, sondern nur die des Codicilles entscheiden konnte, indem die Veränderung eines faktischen Zustandes in dem Zeitraume zwischen Testament und Codicill, nämlich des Alters, den Ausschlag zu geben hatte. Wenn daher die Kaiser diese Entscheidung mit den Worten: nec enim potestas juris sed

die Zusammensetzung des consilii vgl. Gaji *Inst.* Lib. I. §. 20. Ulpiani *Fragm.* Tit. I. §. 13. und über die justae causae manumittendi Gaji *Inst.* Lib. I. §. 39. coll. §. 19. §. 5. J. *qui quib. ex caus.* (I. 6.)

13) Gaji *Inst.* Lib. I. §. 40. *Fragm. vet. Jurisc. de juris specieb.* §. 15. (al. §. 13.) §. 7. J. *qui quib. ex caus.*. (I. 6.) — Selbst bei Soldaten wurde hiervon keine Ausnahme gemacht L. 3. D. *de manum. test.* (XL. 4.) L. 4. C. *de test. mil.* (VI. 21.) — Wenn übrigens der minor XX annis einen vom consilium nothwendigerweise zu billigenden Grund zur Freilassung hatte, so konnte er letztwillig wenigstens dem Sklaven die fideicommissarische Freiheit gültig verleihen. L. 4. C. *cit.* L. 5. C. *de fideic. libert.* (VII. 4.) — Aus diesen und den in Note 12. citirten Stellen geht die Unrichtigkeit der Ansicht von Schrader in corp. jur. civ. ad §. 4. J. *qui quib. ex caus.* s. v. quam si vindicta, daß es dem minor XX annis freigestanden habe, eine justa causa apud consilium zu beweisen, und dann dem Sklaven im Testamente die directe Freiheit zu hinterlassen, hervor.

judicii consideratur motiviren, so ist damit eben ausgedrückt, daß es sich hier nicht sowohl um die juristische Fähigkeit zur Freilassung, (die potestas juris), als um die zu diesem Acte für nothwendig erachtete, auf dem Alter beruhende Reife des Verstandes (die potestas judicii) handle, oder mit anderen Worten, daß zwischen Testament und Codicill eine relevante Veränderung der faktischen Zustände in der Mitte liege[14]).

Die dritte Anwendung unseres Ausnahmeprincipes bezieht sich auf den Standesunterschied. Dieser war namentlich von großer Wichtigkeit, wenn Testament und Codicill während und resp. vor oder nach der militärischen Dienstzeit des Erblassers errichtet waren, indem sich hier nothwendigerweise die Frage aufdrängte: ob und in wie weit die militärischen Privilegien auf die in dem Codicille getroffenen Verfügungen zur Anwendung zu bringen seien[15]). Bei den für die Zukunft bestätigten

14) Nach Justinianeischem Rechte war übrigens dieser Fall unpraktisch geworden, indem Justinian in Nov. 119. cap. 2. jedem testirfähigen minor die testamentarische Freilassung seiner Sklaven gestattete, nachdem er in §. 7. J. *qui quib. ex caus.* (I. 6.) dieß bereits jedem minor mit Erreichung des 18. Jahres erlaubt hatte.

15) Nach dem classischen Pandektenrechte kann hier natürlich nur von materiellen Privilegien die Rede sein, da das Codicill eines Soldaten hinsichtlich der äußeren Form vor dem Codicille eines paganus gar nichts voraus hatte. Dies hat sich freilich durch das spätere Constitutionenrecht geändert. Allein die dadurch hervorgerufenen auf die Form sich beziehenden Fragen können erst in §. 1513. e. beantwortet werden. — Wenn ich übrigens in dem Folgenden mit den classischen Juristen von dem Testamente eines Soldaten spreche, so verstehe ich darunter natürlich das privilegirte militärische Te-

Codicillen sind hier zwei Möglichkeiten denkbar, welche beide gleichmäßig in den Quellen berücksichtigt worden sind, nämlich

Erstens: Das Testament ist während und das Codicill nach der Dienstzeit errichtet. Ueber diesen Fall spricht sich Gajus, also ein Sabinianer, im 18ten Buche seines Werkes ad edictum provinciale [16]) folgendermaaßen aus:

> Si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam, et intra annum missionis moriatur, plerisque placet, in codicillis juris civilis regulam spectari debere, quia non sunt a milite facti, nec ad rem pertinere, quod testamento confirmati sunt. Ideoque in his legatis, quae testamento data sunt, legi Falcidiae locum non esse, at in his quae codicillis scripta sunt locum esse.

Der Jurist setzt hier mit Absicht voraus, daß der Erblasser noch innerhalb des 1sten Jahres nach erhaltenem Abschiede gestorben sei. Denn nur in diesem Falle treten die berührten Verwickelungen ein. Stirbt nämlich der Erblasser nach dem 1sten Jahre post missionem, so genießt sein Testament keinenfalls mehr die militärischen Privilegien. Denn wenn dasselbe nicht in der gemeinrechtlichen Form errichtet war, so ist es mit dem Ablaufe des 1sten Jahres nach erhaltenen Abschiede hinfällig geworden [17]) und hat somit auch die Ungültigkeit des Co-

stament, welches nach heutigem Rechte freilich nur von den im Gefechte resp. auf dem Feldzuge befindlichen Soldaten errichtet werden kann. S. den 42sten Theil des Commentars §. 1474. S. 32. fgg. §. 1475. S. 46. fgg.

16) L. 17. §. 4. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.)

17) Denn das privilegirte militärische Testament erlischt mit

dicilles nach sich gezogen [18]). Hatte der Soldat aber während der Dienstzeit in der gemeinrechtlichen Form testirt, so ging sein Testament mit diesem Zeitpunkte zwar nicht unter; allein es wurde von nun an ganz wie ein gewöhnliches solennes Privattestament behandelt [19]), so daß weder bei dem Testamente noch bei dem Codicille von militärischen Privilegien die Rede sein konnte. Der Jurist mußte daher den Fall so aufstellen, daß der Erblasser im 1sten Jahre **post missionem** mit Hinterlassung eines während der Dienstzeit errichteten Testamentes und eines nach derselben errichteten Codicilles gestorben war. In diesem Falle standen die testamentarischen Verfügungen unter dem Schutze der militärischen Privilegien. Wie sollte es aber mit den Bestimmungen im Codicille gehalten werden? Hätte man hier die codicillarrechtliche Fiction zur Anwendung gebracht, so waren die Codicillardispositionen als privilegirte zu behandeln. Gajus entscheidet sich indessen mit der Mehrzahl der Juristen (**„plerisque placet"**) [20]) dahin, daß dies Codicill nach

dem 1sten Jahre **post missionem**. L. 26. pr. L. 38. pr. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.) §. 3. J. *eod.* (II. 11.) Siehe den 42. Th. des Comment. §. 1478. S. 121. fgg.

18) Siehe §. 1511. a. S. 146. fgg.

19) L. 36. §. 3. L. 38. §. 1. D. *de test milit.* (XXIX. 1.) — Denn auch ein in der gemeinrechtlichen Form von einem Soldaten errichtetes Testament war materiell als ein privilegirtes Testament zu behandeln, wenn nicht der Soldat ausdrücklich oder stillschweigend seinen entgegengesetzten Willen an den Tag gelegt hatte, indem aus der Beobachtung der gemeinrechtlichen Form allein noch kein Verzicht auf die militärischen Privilegien abgeleitet werden kann. L. 3. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.) erläutert in §. 1514.

20) Nach diesen Worten ist es leicht möglich, daß einige

dem **jus civile** d. h. wie es in einer anderen Stelle [21]) ausgedrückt wird, nach dem **jus commune civium Romanorum** und nicht nach dem **jus militare** zu beurtheilen sei, dergestalt, daß dies auch von einem bestätigten Codicille gelte. Er tritt also damit auf die Seite der Proculianer, und seine Entscheidung rechtfertigt sich vollständig aus unserem obigen Ausnahmsprincipe. Denn wenn er sagt: **in codicillis juris civilis regulam spectari debere quia non sunt a milite facti**, so liegt eben darin, daß das Codicill eines Veteranen nicht wie das Codicill eines Soldaten behandelt werden kann [22]), indem der Stand des Erblassers nach der Wirklichkeit zur Zeit der Errichtung des Codicilles in Betracht gezogen und nicht der codicillarrechtlichen Fiction unterworfen wird. Am Schlusse der Stelle veranschaulicht er sodann seine Entscheidung noch durch ein einzelnes Beispiel. Zu den Privilegien des militärischen Testamentes gehört nämlich unter Anderem auch die Befreiung der darin ausgesetzten Legate vom Abzuge der **quarta Falcidia** [23]). Gesetzt nun der

Sabinianer auch in diesem Punkte sich für Anwendung der codicillarrechtlichen Fiction erklärt hatten.

21) L. 20. pr. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.)

22) Denn der Veteran kann nur nach **jus commune** testiren, auch wenn er noch innerhalb des 1sten Jahres nach erhaltenem Abschiede testirt und stirbt. Siehe §. 1510. S. 37. Note 4. Deshalb fand auch in diesem Falle der Abzug der **quarta Falcidia** bei den von ihm testamentarisch ausgesetzten Legaten statt. L. 40. pr. L. 92. D. *ad leg. Falc.* (XXXV. 2.)

23) L. 12. C. *de test. milit.* (VI. 23.) L. 7. C. *ad leg. Falc.* (VI. 50.) L. 3. §. 1. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.) Vgl. L. 17. §. 1. D. *de castr. pec.* (XLIX. 17.) Siehe den 42sten Th. des Comment. §. 1477. S. 113. fgg.

Erblasser hat in dem obigen Falle sowohl in dem Testamente als in dem Codicille so viel Legate ausgesetzt, daß es an und für sich zum Abzuge der quarta **Falcidia** kommen würde; dann wird die letztere nur den im Codicille ausgesetzten Legaten abgezogen, die testamentarischen Legate dagegen werden, weil sie den Schutz der militärischen Privilegien genießen, vollständig ausgezahlt[24]).

Zweitens: Das Testament ist vor und das Codicill während der Dienstzeit errichtet. Ueber diesen Fall äußert sich Paulus in seinem **liber singularis de jure codicillorum**[25]) folgendermaaßen:

24) Denselben Rechtssatz hat schon Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1477. S. 113—116., jedoch ohne den systematischen Zusammenhang mit den allgemeinen Principien über Codicille hervorzuheben behandelt. Zu den von ihm citirten **L.** 18. **pr. §.** 1. **D.** *de test. milit.* (XXIX. 1.) **L.** 92. **D.** *ad leg. Falc.* (XXXV. 2.) sind noch hinzuzufügen **L.** 17. **D.** *ad leg. Falc.* (XXXV. 2.) und wohl auch **L.** 20. **pr. D.** *de test. milit.* (XXIX. 1.) insofern man diese Stelle nicht auf ein Intestatcodicill beziehen will, wogegen aber die unmittelbare Umgebung derselben spricht. Wenn übrigens die Legate aus dem Testamente und Codicille zusammengenommen den Nettobestand der Erbschaft gar noch überstiegen, so mußte allerdings erst eine verhältnißmäßige Reduction aller Legate, wodurch sie diesem Nettobestande gleich gemacht wurden, vorgenommen werden. Sodann wurden die Legate aus dem Testamente, in dieser reducirten Gestalt ohne, und die also reducirten Legate aus dem Codicille mit dem Abzuge der quarta Falcidia ausbezahlt. **L.** 17. **D.** *ad leg. Falc.* (XXXV. 2.) **L.** 18. **§.** 1. **D.** *de test. milit.* (XXIX. 1.), verglichen mit den ganz richtigen Berechnungen von Mühlenbruch a. a. O.

25) **L.** 8. **§.** 4. **D.** *h. t.*

Si miles testamentum quidem ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an jure militari valeant codicilli quaeritur, quoniam testamentum jure communi valet, nisi si militiae tempore signavit[26]) vel quaedam adjecerit. Certe codicilli militiae tempore facti non debent referri ad testamentum sed jure militari valent.

Hier muß nun consequenterweise gerade das umgekehrte Verhältniß wie in dem vorigen Falle eintreten. Das in der gemeinrechtlichen Form[27]) errichtete Testament wird als ein gewöhnliches solennes Privattestament, das Codicill dagegen als ein privilegirtes behandelt, indem hier die codicillarrechtliche Fiction nicht eintritt, was Paulus mit den Worten: **non debent referri ad testamentum sc. codicilli** bezeichnet[28]). Die

26) Vermöge einer Gemination der letzten Silbe des Wortes **tempore** ist nicht **tempore signavit** zu lesen, sondern **tempore resignavit**, welche Lesart schon in der ***Gloss. Accurs.*** **signaverit** angemerkt ist. Denn gerade das **resignare** d. h. das Wiederzusiegeln des durch Entsiegelung gültig widerrufenen Testamentes wird, sobald es von einem Soldaten vorgenommen wird, als ein privilegirter Testamentserrichtungsact betrachtet und aufrecht erhalten. **§. 4. J.** ***de milit. testam.*** **(II. 11.) verb. „resignavit." L. 20. §. 1. D.** ***eod.*** **(XXIX. 1.) verb. „rursus signavit."**

27) Denn der Jurist sagt ausdrücklich: **quoniam testamentum jure communi valet.**

28) Das Wort **referri** drückt hier gerade das Zurückbeziehen kraft einer rückwärts wirkenden Fiction aus. Diesen Sinn hat ***J. H.*** **Boehmer (S. 1. not. 1. cit.) cap. I. §. 22.**, dessen Erklärung noch **Danz de externa codicillorum forma §. 3. p. 14.** billigt, völlig verkannt, indem er in den obigen Worten den Rechtssatz findet: daß das testamentarische Codicill eines

in dem Testamente ausgesetzten Legate sind daher eintretenden Falls dem Abzuge der quarta **Falcidia** unterworfen, während die aus den Codicille herrührenden davon befreit sind[29]. Ein Zweifel hierüber könnte nur daraus abgeleitet werden, daß der Soldat, wenn er während der Dienstzeit ein testamentarisches Codicill errichtet, damit doch das frühere Testament selbst anerkennt und dasselbe dadurch in ein privilegirtes militärisches umzuwandeln scheint[30]. Allein wenn das Testament nach jus commune gültig ist, so verwandelt es sich, wie aus dieser Stelle klar hervorgeht, durch die einfache Anerkennung noch nicht sofort in ein militärisch privilegirtes Testament[31]. Nur wenn es nach Civilrecht ungültig errichtet war, oder wenn der Erblasser die civilrechtliche Gültigkeit desselben z. B. durch Entsiegelung aufgehoben und nachher während

Soldaten unabhängig von dem Schicksal des Testamentes sei, dergestalt daß es proprio jure, nämlich jure militari fortbestehe (also als Intestatcodicill) auch wenn das Testament über den Haufen stürze. Die Unrichtigkeit dieser Erklärung geht indessen allein schon mit Entschiedenheit aus der oben (S. 274.) erklärten Parallelstelle der L. 17. §. 4. D. *de test. mil.* (XXIX. 1.) hervor.

29) Diese Anwendung findet sich ausdrücklich in L. 96. (ult.) D. *ad leg. Falc.* (XXXV. 2.) Uebrigens muß auch hier eintretenden Falls die am Schlusse der Note 24. erwähnte Reduction vorgenommen werden.

30) §. 4. J. *de mil. test.* (II. 11.) L. 9. pr. §. 1. L. 20. §. 1. L. 25. L. 27. L. 38. §. 1. D. *eod.* (XXIX. 1.) Siehe Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1477. S. 69—73.

31) Der Soldat kann es freilich in jedem Augenblicke durch eine ausdrückliche Erklärung in ein militärisch privilegirtes Testament umwandeln. Vgl. L. 9. §. 1. D. *eod.* (XXIX. 1.)

der Dienstzeit seinen Willen, daß dies Testament doch noch gelten solle durch Wiederzusiegelung oder sonst auf irgend eine Weise an den Tag gelegt hatte, wurde es als ein privilegirtes Testament aufrecht erhalten [32]).

Die vierte Anwendung unseres Ausnahmeprincipes finden wir bei der directen testamentarischen Freilassung eines Sklaven in **fraudem creditorum**. Durch ein besonderes Capitel der oben (S. 271.) erwähnten **lex Aelia Sentia** war nämlich die directe testamentarische Freilassung eines Sklaven **in fraudem creditoris sive patroni** für nichtig erklärt [33]). Die römischen Juristen erforderten hiezu aber einmal, daß der Erblasser im Momente der Anordnung der testamentarischen Freiheit durch dieselbe entweder seine Insolvenz herbeigeführt oder die bereits vorhandene Insolvenz vermehrt habe [34]); zweitens, daß er von dieser Herbeiführung oder Vermehrung Kenntniß gehabt habe [35]), und drittens daß die Erbschaft auch

32) Nur auf solche Fälle beziehen sich auch alle in Note 30. citirte Beweisstellen. Dies hat auch Mühlenbruch a. a. O. ganz richtig anerkannt; nur hat er den bei Note 31. im Texte aufgestellten Rechtssatz nicht scharf genug hervorgehoben.

33) **Gaji** *Inst* **L. I.** §. 37. §. 47. **Ulpiani** ***Fragm.*** **Tit. I.** §. 15. **pr. J.** *qui quib. ex caus.* **(I. 6.)** ***Fragm. vet. jurisc. de juris specieb.*** §. 18. (al. §. 16.)

34) **L.** 1. **C.** *qui manumitt. non poss.* **(VII. 11.)** §. 3. **J.** *qui quib. ex caus.* **(I. 6.) L.** 15. **D.** *quae in fraud. credit.* **(XLII. 8.)**

35) §. 3. **J.** *cit.* **L.** 10. **D.** *qui et a quib. manum.* **(XL. 9.) L.** 16. §. 5. **L.** 23. **pr. D.** *eod.* — Wenn Schrader in der größeren Institutionenausgabe ad §. 3. **J.** *cit.* s. v. praevaluisse die Ansicht aufstellt, daß Gajus diese Absicht nicht erfordert habe, weil die

im Momente der Erbschaftsantretung nicht wieder solvent gewesen sei[36]). Bei den directen Freiheiten, welche in einem für die Zukunft bestätigten Codicille angeordnet wurden, lassen sich nun mit Rücksicht auf die Solvenz des Erblassers zwei Fälle denken, nämlich erstens: Der Erblasser war zur Zeit des confirmirenden Testamentes insolvent, zur Zeit des confirmirten Codicilles solvent, oder umgekehrt zweitens: er war zur Zeit des Testamentes solvent, zur Zeit des Codicills insolvent. Den ersten Fall entscheidet Julian in **Lib. 63 Digestorum**[37]) mit

den animus fraudandi als nothwendig erklärenden Worte praevaluisse tamen videtur — non sufficiat des §. 3. J. cit., in der von den Compilatoren bei der Redaction dieses §. 3. augenscheinlich benutzten **L.** 10. **D.** *qui et a quib. manum.* (**XL.** 9.) fehlen, so ist ihm hierbei die **L.** 57. **D.** *de manum test.* (**XL.** 4.) entgangen, in welcher gerade Gajus sich ganz entschieden für die Nothwendigkeit des Erfordernisses des fraudis consilium ausspricht. Uebrigens hat Schrader darin gewiß Recht, daß sich die Praxis über diesen Punkt erst nach und nach gebildet hat.

36) In dieser Beziehung galt der Grundsatz: aucta hereditas prodest libertatibus **L.** 18. pr. **D.** *qui et a quib.* (**XL.** 9.), welcher demnach eine Convalescenz der ursprünglich ungültig hinterlassenen Freiheiten enthält. — Dagegen convalescirten die in fraudem creditoris sive patroni ungültig angeordneten Freilassungen dadurch nicht, daß die insolvente Erbschaft doch noch von einem solventen Erben angetreten wurde, obgleich die Erbschaftsgläubiger dann, selbst unter der Voraussetzung der Gültigkeit der Freilassungen, keinen Schaden erleiden würden. **L.** 5. **L.** 18. §. 1. **D.** *qui et a quibus* (**XL.** 9.) **L.** 5. **C.** *de test. manum.* (**VII.** 2.) **L.** 57. **D.** *de manum. test.* (**XL.** 4.)

37) **L.** 4. **D.** *h. t.*

den Worten: **Eum qui codicillorum tempore solvendo sit, recte libertatem dare placuit, quamvis testamenti facti tempore solvendo non fuerit**, vollkommen richtig zu Gunsten der Freiheit. Denn es ist hier nicht der juristische Zustand der Solvenz oder Insolvenz des Vermögens, sondern die faktische Frage: ob der Erblasser von der durch die Freilassung herbeigeführten **resp.** vermehrten Insolvenz Kenntniß gehabt hat oder nicht[38]), welche den eigentlichen Ausschlag giebt. Da nun der Erblasser zu der wegen dieser **quaestio facti** allein entscheidenden Zeit der Errichtung des Codicilles solvent gewesen war, und daher natürlich damals keine Kenntniß von seiner gar nicht existirenden Insolvenz haben konnte, so waren die direkten Freilassungen gültig angeordnet, und mußten ins Leben treten, sobald die Erbschaft von irgend einem der Erben angetreten wurde[39]).

38) Denn hatte er diese Kenntniß, so ist es eben ein **dolus** oder jedenfalls eine dem **dolus** gleichzusetzende **culpa lata**, daß er nichtsdestoweniger die Freilassungen anordnet.

39) Vgl. ULPIANI *Fragm.* Tit. I. §. 22. L. 11. §. 2. L. 23. §. 1. L. 25. L. 32. D. *de manum test.* (XL. 4.) L. 10. C. *eod.* (VII. 2.) — Die directen Freiheiten mußten in diesem Falle auch selbst dann realisirt werden, wenn der Erblasser später noch insolvent geworden und verstorben war, indem es in diesem Falle an dem nothwendigen Erfordernisse des **animus fraudandi** (Note 35.) fehlte. Hierin liegt übrigens ein bedeutender Unterschied zwischen der directen und fideicommissarischen Freiheit. Denn die letztere wäre in diesem Falle nicht realisirt, indem nach dem Grundsatze, daß Niemand weiter onerirt werden kann, als er honorirt ist (S. 4. Note 7.), von einer insolventen Erbschaft niemals die fideicommissarische Freiheit zu

Der zweite Fall ist gleichfalls von Julian in dessen Lib. 2 ad URSEJUM FEROCEM [40]) und zwar folgendermaaßen entschieden:

Si quis integris facultatibus codicillos confirmavit, deinde, cum consilium creditorum fraudandorum cepisset, libertates codicillis dederat, obtineri non potest, quominus lege libertates interpellarentur. Nam consilium testatoris fraudulentum non eo tempore observatur, quo codicilli confirmantur, sed quo libertas codicillis datur.

Der Erblasser war hier zur Zeit des Codicilles insolvent, und ertheilte in letzterem den Sklaven wissentlich in fraudem creditorum die direkte Freiheit. Hier konnten die Sklaven sich nicht darauf berufen, daß der Erblasser zur Zeit des Testaments solvent gewesen sei und den animus fraudandi damals gar nicht gehabt habe. Denn die codicillarrechtliche Fiction konnte nicht Platz greifen, weil es sich hier um die faktische Frage handelte,

prästiren war, auch wenn der Erblasser dieselbe, als er noch solvent war, oder bona fide bei vorhandener aber ihm noch unbekannter Insolvenz angeordnet hatte. L. 7. C. *qui manum. non poss.* (VII. 11.) L. 4. §. 19. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.) Dagegen wäre umgekehrt die fideicommissarische Freiheit zu prästiren gewesen, wenn der Erblasser dieselbe zwar in fraudem creditorum angeordnet, allein eine, auch ohne den Werth der Sklaven solvente Erbschaft hinterlassen hatte. Das Verbot der lex Aelia Sentia war daher auf fideicommissarische Freilassungen nicht anwendbar.

40) L. 7. D. *qui et a quib.* (XL. 9.) — URSEJUS FEROX scheint ein Zeitgenosse des PROCULUS und GAJUS CASSIUS LONGINUS gewesen zu sein. Zimmern römische Rechtsgeschichte 1ster Bd. §. 86. S. 319.

ob und wann das **consilium testatoris fraudulentum** vorhanden gewesen sei. Wenn diesemnach nur die Zeit des Codicilles als Maaß gebend angenommen werden konnte, so mußten die Freilassungen **ex lege Aelia Sentia** für ungültig erklärt werden (**obtineri non potest, quominus lege libertates interpellarentur**), da der Erblasser seine damalige Insolvenz gekannt, und was der Jurist stillschweigend voraussetzt [41]), eine insolvente Erbschaft hinterlassen hatte.

Nachdem wir auf diese Weise den Umfang der codicillarrechtlichen Fiction kennen gelernt haben, drängt sich uns natürlich die Frage nach dem Grunde der Regel und Ausnahme auf. Der erstere ist bereits oben angedeutet. Die codicillarrechtliche Fiction war in der Hand der römischen Juristen das Mittel, um das neue Recht an das alte anzuknüpfen; der Grund der codicillarrechtlichen Fiction liegt daher in dem Bestreben der römischen Jurisprudenz, die nothwendigen Fortschritte der Rechtsentwickelung so viel als möglich in einen greifbaren systematischen Zusammenhang mit dem bisherigen Rechte zu bringen. Der Grund der Ausnahme liegt aber darin, daß die römische Jurisprudenz überhaupt bei allen Fictionen die faktischen Verhältnisse so viel als möglich dem Gebiete der Fiction zu entziehen suchte. So wurden namentlich von der mit dem **postliminium** verbundenen Fiction, welche darin bestand, daß der Kriegsgefangene niemals **servus hostium** geworden sei und dadurch eine **capitis de-**

41) Denn siehe Note 36. Der Jurist konnte dies übrigens sehr gut voraussetzen, da die Verwandlung der Insolvenz in Solvenz ein nicht zu vermuthendes Factum bildet, und daher, wo sie nicht erwähnt ist, auch vom Leser nicht vorausgesetzt werden kann.

minutio maxima erlitten habe [42]), und zu dem Zwecke aufgestellt war, dem zurückkehrenden Kriegsgefangenen seine verlorenen Rechte wieder zu verschaffen [43]), die faktischen Verhältnisse wie z. B. der durch die Kriegsgefangenschaft unterbrochene Besitz ausgenommen [44]), während die sich auf das Factum des Todes beziehende fictio legis Corneliae eben deshalb nicht durch die Jurisprudenz, sondern durch ein besonderes Gesetz eingeführt worden war [45]).

Aus dem Grunde der codicillarrechtlichen Fiction folgt dann weiter, daß dieselbe auch auf unbestätigte Codicille zur Anwendung zu bringen ist. Denn eine Vermittelung zwischen dem älteren und neueren Rechte

42) Die Beweisstellen über die Existenz dieser Fiction siehe in §. 1510. S. 56. Note 52., S. 57. Note 55.

43) Gaji *Inst.* Lib. I. §. 129. Ulpiani *Fragm.* Tit. X. §. 4. L. 5. §. 1. D. *de captivis* (XLIX. 15.)

44) L. 19. D. *ex quid. caus. major.* (IV. 6.) „causa vero facti non continetur postliminio." L. 12. §. 2. D. *de captivis et postlim.* (XLIX. 15.) „facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt." Vgl. L. 23. §. 1. 2. D. *ex quib. caus. major.* (IV. 6.) L. 15. pr. D. *de usurpat.* (XLI. 3.) L. 22. §. 3. L. 29. D. *de captivis* (XLIX. 15.) und C. F. Hase das jus postliminii und die fictio legis Corneliae. Halle 1851. S. 104. fgg. — Ueber die Wirkungen des postliminii auf die Ehe vgl. L. 8. L. 14. §. 1. D. *de captivis* (XLIX. 15.) L. 12. §. 4. L. 56. D. *soluto matrimonio* (XXIV. 3.) und Hase a. a. O. S. 83. fgg.

45) Daß dies ein besonderes Gesetz des Dictators Cornelius Sylla, und nicht bloß ein Capitel der lex Cornelia de falsis war, ist von Mühlenbruch im 36sten Th. des Commentars §. 1421. h. S. 237. Note 17. mit Recht angenommen worden. Ihm stimmt jetzt auch Hase a. a. O. S. 195. fgg. bei.

war nach dem eben geschilderten Entwickelungsgange der römischen Jurisprudenz bei den unbestätigten Codicillen ein eben so großes Bedürfniß wie bei den bestätigten. Ja man kann das Bedürfniß hier noch dringender nennen, da die eben deshalb auch erst später in der Praxis zugelassenen unbestätigten Codicille eine größere Abweichung von dem früheren Rechte enthielten, wie die bestätigten, indem hier eine Verfügung neben dem Testamente aufrecht erhalten werden soll, welche nicht einmal in dem Testamente bestätigt ist. Julian stellt deshalb in der Hauptstelle über die codicillarrechtliche Fiction[46]) die letztere auch nicht als ein besonderes Recht der bestätigten Codicille, sondern ganz allgemein als ein **jus singulare codicillorum** dar, so daß hier die Rechtsregel: **lege non distinguente nec nostrum est distinguere**[47]) Platz greifen muß. Man darf dabei freilich nicht übersehen, daß gerade die meisten Beispiele für die Anwendung der codicillarrechtlichen Fiction, welche uns in den Quellen aufbewahrt sind, auf die unbestätigten Codicille keine Anwendung leiden, weil sie sich auf Legate und directe Freilassungen der Sklaven beziehen, welche beide in einen unbestätigten Codicille nicht angeordnet werden konnten. Allein dadurch wird natürlich nicht ausgeschlossen, daß die allgemein gefaßte Regel auch auf unbestätigte Codicille in den Fällen angewendet werden muß, wo eine solche Anwendung innerhalb der Sphäre der unbestätigten Codicille möglich ist. Nehmen wir z. B. um uns so eng als möglich an einen der von Paulus[48]) erörterten Anwendungsfälle der codicillarrechtlichen Fiction anzuschließen, an, daß der Erblasser einem seiner Sklaven

46) L. 2. §. 2. D. *h. t.* (S. 234.)

47) arg. L. 1. §. 3. D. *de aleat.* (XI. 5.) L. 8. D. *de public. act.* (VI. 2.)

48) L. 8. §. 5. D. *h. t.* (S. 235.)

im Testamente ein Legat und erst hinterher in einem unbestätigten Codicille die fideicommissarische Freiheit hinterlassen hatte, so würde hier gerade wie in der angeführten Stelle, das Legat für gültig zu erklären gewesen sein, weil es genügte, wenn dem Sklaven neben dem Legate auch nur die fideicommissarische Freiheit hinterlassen wurde [49]), und die letztere vermöge der codicillarrechtlichen Fiction so zu betrachten war, als wenn sie im Testamente selbst angeordnet gewesen wäre. Sodann wird aber auch die codicillarrechtliche Fiction von Tryphonin [50]) geradezu bei Fideicommissen angewendet. Der Jurist redet freilich von einem bestätigten Codicille. Allein seine Argumentation: **sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est in testamento confirmatio codicillorum, et is postea reversus est et postliminio jus suum recepit, humanitatis rationi congruum est, eos codicillos ita suum effectum habere quasi in medio nullac aptivitas intercessisset,** paßt eben so gut auch auf unbestätigte Codicille innerhalb der diesen letzteren eigenthümlichen Sphäre. Denn auch diese haben kraft ihrer accessorischen Natur ihr eigentliches Fundament an dem Testamente und das letztere kann für sie eben so gut das **merum principium** genannt werden, als für die bestätigten Codicille, indem sie ohne dies voraufgehende Testament gar nicht zur Existenz hätten kommen können. Hierdurch erledigt sich auch die Behauptung des Em. Dunius [51]), daß die codicillarrechtliche Fiction auf unbestätigte Codicille deshalb nicht anzuwenden sei, weil in letzteren nur Fideicommiße hätten hinterlassen werden können, und bei diesen **non tam de jure quaeritur quam**

49) **L.** 84. **D.** *de leg. II.* **L.** 8. **C.** *de fideic.* (VI. 42.)

50) **L.** 12. §. 5. **D.** *de captivis* (XLIX. 15.), abgedruckt und erläutert auf S. 54. fgg.

51) **Dissert.** cit. **cap. I.** §. **X.** nr. **VII.** p. 94.

de nuda relinquentis voluntate [52]). Allein die Definition des Ulpian [53]): **fideicommissum est quod non civilibus verbis sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis** bezieht sich nur auf den Formunterschied zwischen Legaten und Fideicommissen, und kann mit der Anwendbarkeit oder Nicht=Anwendbarkeit der codicillarrechtlichen Fiction gar nicht in Verbindung gebracht werden, wie aus der obigen Stelle Tryphonins klar hervorgeht. Für die Beschränkung des erwähnten Ausspruches von Julian auf bestätigte Codicille hat endlich noch v. Reiche in einer Abhandlung über die Form der bestätigten Privat=Codicille [54]) angeführt, daß zur Zeit Julians die Testamente gewöhnlich mit der confirmatorischen Clausel versehen gewesen seien, und daß Julian selbst als ein Beispiel seiner Behauptung die nur in einem bestätigten Codicille mögliche Hinterlassung der Freiheit [54a]) angeführt habe. Allein das erstere ist eine reine Hypothese, und würde uns in keinem Falle dazu berechtigen, alle Stellen, in welchen schlechtweg von einem testamentarischen Codicille geredet wird, sofort und ohne Weiteres auf bestätigte Codicille einzuschränken; das zweite erledigt sich aber durch die obige Bemerkung, daß wegen eines richtig gewählten Beispieles die allgemein gefaßte Regel nicht auf die Sphäre dieser Beispiele eingeschränkt werden kann [55]). Uebrigens

52) ULPIANI *Fragm.* Tit. XXV. §. 1. §. 3. J. *de legat.* (II. 20.) L. 16. C. *de fideic.* (VI. 42.)

53) *Fragm.* Tit. XXV. §. 1.

54) in Gans Zeitschrift für die Civil= und Criminalrechts=pflege im Königreiche Hannover. 1ster Bd. 3. Hft. S. 403. fgg.

54a) v. Reiche redet hier aus Versehen von einem Legate.

55) Die weitere Berufung v. Reiches auf die L. 77. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5.) und L. 38. D. *de*

versteht es sich natürlich von selbst, daß die von der codicillarrechtlichen Fiction bei den bestätigten Codicillen zugelassenen, und allerdings wichtigen Ausnahmen auch bei den unbestätigten Codicillen Platz greifen müssen.

Noch weniger Zweifel kann es endlich unterliegen, daß die codicillarrechtliche Fiction auch bei den in praeteritum confirmirten Codicillen eintreten muß. Ja die oben in §. 1511 b. (S. 219 ff.) entwickelte juristische Natur der letzteren bringt es überhaupt mit sich, daß hier auf durchgreifende Weise die Zeit des Testamentes als die allein entscheidende anzunehmen ist[56]).

Bei der Wichtigkeit der codicillarrechtlichen Fiction für die ganze Lehre von den testamentarischen Codicillen müssen wir zum Beschlusse dieses Paragraphen noch einen Blick auf die einschlagenden Ansichten der neueren Juristen werfen[57]).

Franz Connan hat in seinem Systeme[58]) unsere Regel gar nicht ausdrücklich erwähnt; er behandelt nur

condit. et demonstrat. (XXXV. 1.) kann erst in §. 1513. f. widerlegt werden.

56) Der Einfluß der späteren Constitutionen auf die Form der in praeteritum confirmirten Codicille kann natürlich wie bei den in futurum confirmirten erst in §. 1513. f. geprüft werden.

57) Die Glosse und die Schriften der Postglossatoren habe ich absichtlich übergangen, da sie für unseren Zweck keine Ausbeute zur Besprechung liefern. — Unsere codicillarrechtliche Fiction wird übrigens auch nicht einmal in der Hauptmonographie über die Fictionen von A. D. Alteserra de fictionibus juris tractatus septem (ed. Eisenhart. Hal. et. Helmst. 1769.) erwähnt.

58) Comment. jur civil. Lib. IX. Cap. 6. nr. 4—6. (p. 989—991.)

einzelne der erwähnten Ausnahmsfälle, namentlich die **L. 14 pr. D.** *h. t.* (S. 263. fgg.) ohne sie übrigens in Zusammenhang mit dem von ihm angeführten Principe des Marcian in **L. 7 §. 1 D.** *h. t.* (S. 255.) zu bringen. Dagegen subsumirt er unter letzteres ganz richtig die **L. 4 D.** *h. t.* (S. 281. fgg.) weil es sich hierbei um den **animus fraudandi** handle. Daß er unter diesen Umständen den Zusammenhang des Erfordernisses der activen Testamentifaction für die Errichtung der testamentarischen Codicille mit der codicillarrechtlichen Fiction übersehen hat, kann natürlich nicht Wunder nehmen. Dagegen ist es allerdings auffallend, daß die Darstellung des sonst so tief auf die Sache eingehenden Hugo Donellus [59]) in dieser Lehre so völlig unbefriedigend ist. Er erwähnt zwar die codicillarrechtliche Fiction; allein er beschränkt sie nur auf bestätigte Codicille und identificirt sie sodann mit dem Rechtssatze, daß die Codicille **pro parte testamenti** zu erachten seien. Er erwähnt dies alles aber nur, um dadurch den Beweis der Formlosigkeit der bestätigten Codicille für das neueste Justinianeische Recht zu führen [60]).

Bei weitem sorgfältiger läßt sich Cujacius [61]) auf die Sache ein. Er stellt nicht nur die codicillarrechtliche Fiction ausdrücklich als Regel auf, sondern berücksichtigt auch die meisten der oben erklärten Ausnahmsfälle. Allein es zeigt sich doch bei dieser Gelegenheit recht auf-

59) Commentar. de jure civ. Lib. VII. Cap. 19. nr. 9.

60) Die Ausführung dieser Streitfrage muß ich natürlich dem §. 1513. f. vorbehalten. Dort werde ich auch die Argumentation der beiden Böhmer (S. 1. cit.) im Zusammenhange genauer prüfen, und habe sie deshalb in diesem Paragraphen unberücksichtigt gelassen.

61) Tract. II. in AFRICANUM ad L. 15. D. *de jure codic.* (opp. ed. Lugd. 1614. T. II. p. 1880. sqq.)

fallend, wie schwach Cujacius als Systematiker war. Denn der eigentliche systematische Zusammenhang ist ihm ganz und gar entgangen. So führt er z. B. gleich im Anfange den Grundsatz: **ut rupto testamento rumpantur etiam codicilli** auf unsere codicillarrechtliche Fiction zurück, obgleich dieser nur eine Folge der accessorischen Natur der testamentarischen Codicille ist, und mithin auch in den Fällen eintreten muß, wo nach der obigen Darstellung die codicillarrechtliche Fiction gar nicht Platz greifen kann. Ferner erklärt er den in **L. 7. §. 1 D.** *h. t.* (S. 263.) enthaltenen Unterschied zwischen den Punkten **quae juris** und **quae facti sunt** folgendermaaßen: **est autem superiori regulae locus in his, quae sunt juris, ut cum quaeritur valeat aliquid necne, non in iis quae sunt facti**, obgleich die Frage nach der Gültigkeit einer Verfügung eben so gut bei einer Veränderung in den faktischen wie in den juristischen Zuständen eintreten kann. Sodann stellt er die Behauptung auf, daß Ausnahmen von der codicillarrechtlichen Fiction auch bei den Punkten **quae juris sunt** vorkämen, und rechnet dahin den Zustand der Insolvenz in **L. 4. D.** *h. t.* (S. 281. fgg.) und die Minorennität unter **20** Jahren in **L. 1 C. de test. manum.** (S. 271.), indem er diese Ausnahmen daraus zu erklären sucht, daß hier die **lex Aelia Sentia**, als eine **lex odiosa**, von den römischen Juristen strict interpretirt worden sei. Allein in beiden Fällen handelt es sich gerade um Punkte **quae facti sunt**, im ersten Falle um den **animus fraudandi**, im zweiten Falle um den Zustand des Alters; an eine auf dem **favor libertatis** beruhende stricte Interpretation der **lex Aelia Sentia** haben aber die römischen Juristen entschieden nicht gedacht, da in der von Cujacius übersehenen **L. 7 D. qui et a quibus** (S. 283.) die codicillarrechtliche Fiction gerade zu Ungunsten der Freiheit nicht angewendet wird. Eben so unrichtig

erklärt er die Entscheidungen der **L. 2 pr.** und **§. 1 D.** *h. t.* (S. **259** und **261**) daraus, daß einem **postumus alienus** ein Fideicommiß gültig hätte hinterlassen werden können[62]), und daß die Zeit des Codicilles **in odium** der **leges caducariae** als entscheidend angenommen sei[63]), während Leben und Tod eben faktische Zustände sind, auf welche die codicillarrechtliche Fiction nicht angewendet wird. Und wenn er endlich die **L. 7 pr. D.** *h. t.* (S. **54**) darauf bezieht, daß die codicillarrechtliche Fiction bei der activen Testamentifaction gerade eben so wenig wie bei dem Grundsatze: **in codicillis hereditas dari non potest** stattfinden könne, so ist dabei, abgesehen von den in §. **1510.** S. **154.** fgg. erklärten Beweisstellen nicht in Anschlag gebracht, daß in dieser Stelle die **fictio legis Corneliae** das eigentliche Motiv der Entscheidung bildet[64]).

Auch Joh. Altamiranus[65]) erkennt die codicillarrechtliche Fiction als Regel an; allein er verfällt dabei in den bereits oben (S. **245** fg.) widerlegten Irrthum, daß trotz dieser Fiction neben den Verhältnissen zur Zeit des Testamentes doch auch die zur Zeit des Codicilles hätten berücksichtigt werden müssen, indem er die einschla-

62) Ueber diesen Punkt vergleiche oben S. 260. Note 75.

63) Daß die Stelle sich auf den Unterschied zwischen dem **pro non scripto** und dem **in causa caduci** beziehe, hat übrigens Cujacius richtig herausgefühlt.

64) Wenn Witte a. a. O. S. 674. Note 24. die Cujacische Erklärung der **L. 14. pr.** einen „trefflichen Commentar" nennt, so muß davon nach der obigen Critik der ganze Abschnitt über die codicillarrechtliche Fiction ausgenommen werden.

65) **Tract. VIII. quaest. Scaevolae ad L. 14. D.** *h. t.* **nr. 7—21.** (in **Meerman Thes. T. II. p. 479—484.**)

genden Gesetzesstellen auf die willkührlichste Weise erklärt und auch die **L. 7 pr. D.** *h. t.* (S. 54) auf diese Idee zurückführt. Die Ausnahmen von unserer Fiction hat er zwar sämmtlich berücksichtigt; er widerlegt auch die Ansicht des Cujacius, welcher diese Ausnahmen aus einem odium der lex **Aelia Sentia** und resp. der leges caducariae zu erklären sucht. Allein da er das Princip der **L. 7. §. 1 D.** *h. t.* (S. 255 fgg.) selbst nur als eine einzelne Ausnahme auffaßt, wobei ihm überdieß noch die in einem der gewählten Beispiele liegende Schwierigkeit (S. 257 fg.) entgeht, konnte es ihm nicht gelingen, diese Ausnahmen klar und überzeugend zu rechtfertigen[66]. Selbst die **L. 14 pr. D.** *h. t.* (S. 263 fgg.), zu deren Verständniß er eben einen Ueberblick über die Lehre von den Codicillen giebt, ist in einzelnen Theilen nicht einmal vollständig befriedigend von ihm erklärt worden[67].

Edmund Mérille[68]) hat, ohne sich auf eine speciellere Ausführung einzulassen, sehr richtig erkannt, daß Marcian in **L. 7 §. 1 D.** *h. t.* (S. 255 fgg.) ein allgemeines Princip aufgestellt habe, allein er geht darin zu weit, daß er zu den res facti, außer der possessio, auch noch die traditio, venditio und solutio rechnet. Denn in der von ihm zur Rechtfertigung dieser Auffassung angeführten **L. 7 §. ult. D.** de curat. furioso (**XXVII. 10**) hat der Unterschied zwischen factum und

66) So rechtfertigt er z. B. die **L. 4. D.** *h. t.* (S. 281. fg.) mit den Worten: quia qualitas, quae vigebat testamenti tempore, quod scilicet solvendo non erat, actui extrinseca erat!

67) Siehe z. B. S. 267. Note 98.

68) Observat. Lib. II. cap. 38. Variant. ex CUJACIO Lib. I. cap. 39. (in Opp. Neap. 1720. T. I. p. 75. T. II. p. 247.)

jus eine ganz andere Bedeutung [69]). Osius Aurelius [70]) (Franz Ory aus Orleans) [71]) hat daher den Mérille darüber mit Unrecht getadelt, daß Letzterer aus **L. 7 §. 1 cit.** ein allgemeines Princip ableite, und wenn er selbst die Ansicht aufstellt, daß Marcian in der gedachten Stelle nur einzelne Ausnahmen von der codicillarrechtlichen Fiction sowohl in den Punkten **quae juris** als **quae facti sunt** anführen wolle [72]), so hat er damit entweder der codicillarrechtlichen Fiction ein zu weites Gebiet eingeräumt, oder, wenn ihm die sonstigen in den Quellen vorkommenden Ausnahmen derselben gegenwärtig waren, deren Zusammenhang mit dem Ausspruche des Marcian übersehen.

Emanuel Dunius [73]) weist sehr richtig den Unterschied zwischen dem Grundsatze: **quod codicilli pro parte testamenti habentur** und der codicillarrechtlichen Fiction nach [74]). Allein er beschränkt die letztere mit Unrecht auf

69) Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts 1. Th. §. 75. Note 6. Glück im Comment. 33. Th. §. 1390. l. S. 232.

70) **Dispunctor ad Merillium sive de variantibus Cujacii interpretationibus disp. 39. (in Otto Thes. Tom. III. p. 785—787.)**

71) Ueber seinen Namen und seine Biographie vgl. **Otto in praef. ad T. III. Thes. p. XXXIII. sq.**

72) Auch er übersieht die in dem Beispiele von dem Legate der Kleidungsstücke (S. 257. fgg.) liegende Schwierigkeit.

73) **Dissert. cit. Cap. I. §. IX. p. 83. sqq.** insbesondere **p. 91. sqq.**

74) Auf diesen Punkt muß ich namentlich noch genauer bei der bekannten Streitfrage über die Form der bestätigten Codicille in §. 1513. f. zurückkommen.

die bestätigten Codicille[74 a]), obgleich er auf der anderen Seite ihre Sphäre wieder ganz richtig auf die Grundsätze von der activen Testamentifaction ausdehnt. Gänzlich verfehlt muß aber die Darstellung und Rechtfertigung der Ausnahmsfälle genannt werden. Da er nämlich dagedachte Princip Marcians selbst nur als einzelne Ausnahme auffaßt, so mußte er natürlich die übrigen Ausnahmen aus sonstigen Gründen erklären. So erblickt er denn in **L. 4 D.** *h. t.* (S. 281. fgg.) **L. 7 pr. D.** *qui et a quib.* (S. 283. fgg.) nur singuläre Entscheidungen zu Gunsten der Freiheit, übersieht aber dabei geradezu, daß in **L. 7 pr. cit.** gegen die Freiheit erkannt wird, und macht sich dabei noch des Irrthums schuldig, daß es sich in beiden Stellen um solche Punkte, **quae juris sunt**, handle. Eben so führt er die **L. 1 C.** *de testam manum.* (S. 271.) auf den **favor libertatis** zurück, und sucht die Entscheidung in **L. 17 §. 4 D.** *de testam. milit* (S. 274.) nur dadurch zu rechtfertigen, daß hier die Anwendung der codicillarrechtlichen Fiction eine ungebührliche Erweiterung der militärischen Privilegien enthalten würde. Die **L. 14 pr.** (S. 263 fgg.) und **L. 2 pr.** und **§. 1** (S. 259. 261) weis er endlich nicht anders als durch die eigenen Worte des Scävola: **ut non ante juris ratio quam persona quaerenda sit** zu motiviren.

C. Th. Westphal[75]), welcher nur die in den Titeln über die Codicille vorkommenden Stellen benutzt, kehrt das wahre Sachverhältniß gerade um. Er nimmt

74 a) Der von ihm angeführte Grund ist oben S. 287. Note 51. widerlegt.

75) Darstellung der Rechte von Vermächtnissen u. s. w. 2. Th. §. 1909 – 1912. S. 1316. fgg. — Eine besondere Abhandlung Westphals werde ich in §. 1513. f. noch berücksichtigen.

nämlich die Zeit des Codicilles dergestalt als die regelmäßig entscheidende an, daß nur in einigen wenigen Fällen, wo eine „Rechtsbeurtheilung" zu Grunde liege, nämlich in den Fällen der directen und fideicommissarischen Freilassung der Sklaven auf die Zeit des Testamentes gesehen worden sei. Dabei werden dann die von dem animus fraudandi handelnde **L. 4 D.** *h. t.* (S. 281. fg.) und anscheinend auch die auf den Stand bezügliche **L. 8 §. 4 D.** *h. t.* (S. 277. fg.) zu den eine Rechtsbeurtheilung enthaltenden Punkten gerechnet.

Höpfner[76]) beschränkt sich nur auf die Bemerkung, daß die bestätigten Codicille als ein Theil des Testamentes angesehen würden, und daß das, was in solchen Codicillen verordnet sei, eben so gut gelte als ob es im Testamente selbst verordnet wäre, insoweit es nämlich der Natur eines Codicills nicht widerspreche. Diese Aeußerung ist indessen zu unbestimmt, um daraus mit Sicherheit den Schluß abzuleiten, daß Höpfner die codicillarrechtliche Fiction als Regel habe aufstellen wollen. Dagegen erklärt Bucher[77]) ohne weitere Einschränkung, daß alles in einem bestätigten Codicille Hinterlassene eben so als im Testament hinterlassen anzusehen sei, indem er sich dabei auf die überall nicht hieher gehörigen **L. 77 D.** *de hered instit.* (**XXVIII. 5**) **L. 10 D.** *de condit. instit.* (**XXVIII. 7**) beruft[78]). Ebenso lehrt Schweppe[79]), daß die bestätigten Codicille auf die Zeit der Testamentserrichtung bezogen würden, so daß ihre Zulässigkeit und

76) Theoretisch-Praktischer Commentar über die Institutionen §. 624. S. 498.

77) System der Pandekten §. 413. Note 1.

78) Auch über die Beweiskraft dieser Stellen muß ich mich in dem gedachten §. 1513. f. noch genauer erklären.

79) Römisches Privatrecht 2te Ausg. §. 889. a. E.

Wirkung nach dieser, und nicht nach der Zeit der Errichtung des Codicills zu beurtheilen sei; indessen leide doch diese Regel eine so große Menge von Ausnahmen, daß sie so gut wie alle Anwendung verliere. Er citirt dazu in Note 9 unter den Buchstaben a — h die meisten der oben erklärten Beweisstellen [80]) und liefert durch diese Zusammenstellung, so wie durch die obige Behauptung den besten Beweis, daß ihm der systematische Zusammenhang der Sache nicht klar geworden ist. Ausführlicher stellt freilich Mejer [81]) die von Schweppe angedeuteten Ausnahmsfälle dar. Er bemerkt, daß die Regel eine sehr umfassende Ausnahme leide, nach welcher auf die Zeit der Errichtung des Codicills alsdann gesehen werde, wenn das Objekt des Vermächtnisses oder der Honorirte zur Zeit der Codicillerrichtung sich factisch — (nicht bloß rechtlich) in einer wesentlich veränderten Lage befinde [82]). Auch werde die Zeit der Errichtung des Codicilles insofern beachtet als auf Codicille, welche zur Zeit der Unfähigkeit des Testirers gemacht worden seien, die Confirmation gar nicht erstreckt werde [83]). Die Codicille eines ehemaligen Kriegsmannes gälten selbstständig [84]), und würden auf die Zeit einer vorhergehenden, zur Zeit des Kriegs-

80) Da er unter b. dieser Ausnahmen auch die L. 2. §. 2. D. *h. t.* (S. 237. fgg.) anführt, so hat er die Lesart: non recte libertas directa datur befolgt.

81) in der Fortsetzung der 4ten Ausgabe des Schweppeschen Privatrechts §. 889. S. 283.

82) Wie aber Mejer zu dieser Behauptung unter andern Beweisstellen auch die L. 2. §. 2. mit ihrem non (siehe Note 80.) citiren kann, ist wahrhaft unbegreiflich.

83) Diese Behauptung muß nach den Ausführungen in §. 1510. S. 53. fgg. bedeutend modificirt werden.

84) Es scheint fast, als wenn Mejer hiermit auf die S. 278. Note 28. gerügte Ansicht hindeute.

dienstes geschehenen Confirmation nicht zurück bezogen. In dieser Darstellung sind die einzelnen Ausnahmen allerdings etwas besser gruppirt als bei Schweppe; allein der systematische Zusammenhang ist auch hier nicht gehörig gewahrt.

Göschen[85]) geht von dem Grundsatze aus, daß nur die bestätigten Codicille **pro parte testamenti habentur**[86]), und stellt es als eine Folge dieses Grundsatzes dar, daß die anfängliche Gültigkeit der in bestätigten Codicillen enthaltenen Verfügungen in manchen Beziehungen nicht nicht nach den Verhältnissen der Zeit, in welcher die Codicille errichtet seien, sondern vielmehr nach den Verhältnissen zu beurtheilen seien, welche zur Zeit des früher errichteten die Codicille im Voraus bestätigenden Testamentes Statt gefunden hätten, gleich als wären schon damals auch die Codicille errichtet worden. So wenn der Testator sich habe arrogiren lassen, später aber wieder **sui juris** werde und nun in der Zwischenzeit Codicille errichtet habe[87]). In anderen Beziehungen werde die Zeit des errichteten Testamentes nicht beachtet; zu dieser letzteren Behauptung wird in Note 8 die **L. 7 §. 1 D.** *h. t.* (S. 225) im wörtlichen Abdruck und die **L. 8 §. 4. D.** *h. t.* (S. 277. fg.) citirt. Bei der sonstigen Klarheit und Ausführlichkeit der Göschenschen Vorlesungen ist diese vage Unbestimmtheit allerdings auf-

85) Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. 3. Bd. 2. Abth. §. 1004. S. 560. fgg.

86) Siehe bei Note 74.

87) Göschen hätte hierbei freilich darauf aufmerksam machen müssen, daß das Testament, und folglich auch das Codicill nur dann in Kraft trete, wenn der Arrogirte, nachdem er **sui juris** geworden war, das Testament auf irgend eine Weise bestätigt hatte, oder in den übrigen S. 61. fgg. angeführten Fällen.

fallend, und es möchte nicht mit Unrecht daraus der Schluß zu ziehen sein, daß Göschen über die einschlagenden Verhältnisse nicht ganz im Klaren mit sich gewesen sei[88]).

Am ausführlichsten unter den neueren Lehrbüchern sind die qu. Verhältnisse in v. Vangerow's Leitfaden[89]) besprochen. Die codicillarrechtliche Fiction wird hier mit Recht als die Regel für die testamentarischen Codicille, und zwar nicht bloß für die bestätigten aufgestellt; dabei wird aber zugleich bemerkt, daß diese Regel nicht auf die Spitze getrieben werden dürfe, indem mehrfache Modificationen davon vorkämen, nämlich:

1. Ueberall wo es sich darum handle, die wahre Willensmeinung des Codicillanten zu ermitteln, müßten die faktischen Grundlagen einer solchen Auslegung immer nur aus der Zeit genommen werden, in welcher das Codicill errichtet worden sei.

2. Die testamenti factio activa müsse nicht bloß zur Zeit des Testaments sondern auch des Codicills vor-

88) Dies geht auch aus Note 7. bei Göschen hervor. In dieser wird zuerst wegen der Lesart der L. 2. §. 2. auf die Ausgabe der Pandekten von Gebauer Note 4. verwiesen. Hier findet der Leser nur die Bemerkung: Hanc negationem contra CUJACIUM defendit P. FABER Semestr. II. 19. BYNKERSH., wodurch die Lesart non offenbar gebilligt ist. Hätte Göschen aber die richtigen Ansichten über die codicillarrechtliche Fiction gehabt, so hätte er das non verwerfen müssen. Sodann werden L. 12. §. 5. D. *de captivis* coll. L. 7. pr. D. *h. t.* (S. 54. fgg.) citirt, ohne ein Wort darüber zu bemerken, wie der anscheinende Widerspruch zu lösen sei.

89) Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen 2. Th. §. 526. Anm. II. S. 450. fgg.

handen sein, und selbst im Falle der confirmatio sei dies nicht anders. Wäre jedoch der Testator zwar fähig zur Zeit des Testamentes und unfähig zur Zeit des Codicills gewesen, aber noch vor seinem Tode wieder fähig geworden, so daß auch das Testament, sei es jure postliminii oder durch bonorum possessio secundum tabulas wieder auflebe, so solle auch das Codicill zu Kräften kommen [90]).

3. Wenn bei einer Codicillardisposition, abgesehen von der testamenti factio, besondere persönliche Eigenschaften oder Zustände des Erblassers von Einfluß seien, so komme blos und allein die Zeit des Codicilles in Betracht [91]).

4. Endlich seien auch die subjectiven Voraussetzungen in der Person des Honorirten und des Onerirten nach dem Zeitpunkte zu beurtheilen, in welchem das Codicill errichtet sei.

Bei dieser Darstellung fehlt nur die Hervorhebung der inneren Einheit, welche diesen sämmtlichen Modificationen zu Grunde liegt. Denn sie werden in Wahrheit alle durch das obige Ausnahmsprincip beherrscht, und durch den Grund desselben vollständig erklärt.

Minder gelungen ist die Behandlung der Sache in den neuesten monographischen Darstellungen. Roßhirt [92])

90) Vergl. hierüber §. 1510. S. 53. fgg.

91) Wenn hier unter anderm auch die L. 4. D. *h. t.* (S. 281. fg.) als Beispiel angeführt und dabei bemerkt wird, daß die von einem Insolventen in einem Testamente vorgenommene Freilassung nichtig gewesen sei, so ist hierbei die Wichtigkeit des animus fraudandi, und auch die Möglichkeit der Convalescenz (S. 281. Note 36.) übersehen.

92) Lehre von den Vermächtnissen 1. Th. S. 9. fgg.

faßt die Verhältnisse gleich von vorn herein zu eng auf, wenn er nur die Frage aufwirft: welcher Zeitpunkt zu berücksichtigen sei, wenn wegen veränderter Verhältnisse die Gültigkeit der Codicillardisposition in Frage komme? Denn die codicillarrechtliche Fiction kommt ja nicht bloß zur Anwendung, wenn es sich um die Gültigkeit einer Codicillardisposition handelt, sondern kann auch unter Umständen wie in **L. 8. §. 5 D.** *h. t.* (S. **235**. fgg.) einer testamentarischen Disposition Gültigkeit verleihen. Die aufgeworfene Frage wird übrigens an sich ganz richtig dahin beantwortet, daß die römischen Juristen hier unterschieden hätten, ob die Veränderung eine juristische oder eine factische Voraussetzung der Gültigkeit betreffe. Nur die Erklärung dieser letzteren Punkte kann wieder nicht gebilligt werden. Roßhirt behauptet nämlich nun weiter, daß die Zeit der testamentarischen Confirmation entscheide, wenn von jenen Requisiten die Rede sei, welche nach allgemeinen Grundsätzen, abgesehen von der äußeren Form, die Gültigkeit der Anordnung verbürgten, während die Zeit der Codicillerrichtung genüge, wenn von Dingen die Rede sei, die sich auf die Intention des Anordnenden bezögen, oder durch Hinblick auf dieselbe zu allgemeinen Regeln erhoben worden seien. Allein die Ausnahmsfälle beziehen sich ja nicht bloß auf die Interpretation der Codicillardispositionen, sondern ganz allgemein auf den Einfluß, welchen die Veränderung faktischer Zustände hinsichtlich der letztwilligen Verfügung herbeiführt. Roßhirt bezweifelt ferner mit Unrecht, daß auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die **testamenti factio** von der codicillarrechtlichen Fiction beherrscht worden seien, indem er einen nicht vorhandenen Widerspruch zwischen **L. 7. pr. D.** *h. t.* und **L. 12 §. 5. D.** *de captivis* (S. **53** fgg.) annimmt, und wenn er zuletzt noch bemerkt, daß sowohl zur Testaments= als zur Codicillzeit derjenige welcher

speciell onerirt und derjenige welcher honorirt werde in rebus humanis sein müsse, und außerdem noch hinzufügt, daß zu Gunsten eines nach dem Testamente jedoch vor der Codicillerrichtung Geborenen die Gültigkeit des Codicilles angenommen werde, so scheint er mit der ersteren Behauptung in den oben (S. 245. fg.) gerügten Irrthum des Altamiranus verfallen zu sein, wenn nicht etwa diese Worte nur eine Parallele zwischen Testament und Codicill enthalten sollen.

Witte[93]) beschränkt wieder die codicillarrechtliche Fiction auf bestätigte Codicille und geht selbst so weit, daß er sie nicht einmal auf Fideicommisse in einem bestätigten Codicille zur Anwendung bringen will. Hinsichtlich des von ihm angeführten Grundes, daß die fideicommissarischen Dispositionen selbstständig seien, und nicht nach der Zeit der Testamentserrichtung, sondern nach der ihrer Anordnung im Codicille und ihrer Realisirung beurtheilt würden, weil die Catonianische Regel Fideicommiße nicht mit umfaße, kann ich freilich vorläufig nur auf die Ausführungen in §. 1510 S. 41 fgg. und auf die S. 287. fg. enthaltenen Bemerkungen gegen Dunius verweisen. In der Sache selbst aber hat gerade Tryphonin, wie oben bemerkt, keinen Anstand genommen die codicillarrechtliche Fiction auch auf Fideicommiße zur Anwendung zu bringen. Witte bemerkt dann weiter, daß die qu. Regel auch für Legate mehrfache Ausnahmen erleide, und führt als einzelne Beispiele die S. 261, 263, 271, 274, 277, 281 behandelten Fälle, und das von einem Kriegsgefangenen errichtete Codicill an[94]). Er beschließt diesen

93) in Weiske's Rechtslexicon 2. Bd. S. 677. 678.

94) Ueber den anscheinenden Widerspruch der S. 54. fgg. erklärten einschlagenden Stellen hat sich Witte nicht weiter erklärt.

Punkt sodann mit der Bemerkung, daß Marcian in **L. 7. §. 1 D.** *h. t.* (S. 255) andere Ausnahmsfälle gegen die obige Regel in dem Principe zusammenfasse, daß alles rein Factische in den codicillarischen Verfügungen nach der Zeit des errichteten Codicills beurtheilt werde. Allein Marcian redet nicht bloß von dem Factischen in den codicillarischen Verfügungen, sondern überhaupt von allen factischen Zuständen, welche sich auf das Legat beziehen, gerade wie er in dem **principium** von einem solchen juristischen Zustande geredet hatte. Wegen dieser unrichtigen Interpretation der Stelle Marcians ist denn auch Witte der Zusammenhang zwischen dem Principe der **L. 7 §. 1** cit. und den sonstigen einzelnen Ausnahmsfällen entgangen.

Derselbe Vorwurf trifft endlich auch die jüngste bereits oben erwähnte Abhandlung über die Form der bestätigten Codicille von v. Reiche[95]). Dieser Schriftsteller faßt nämlich die Regel der **L. 7 §. 1** folgendermaaßen auf: Die Gültigkeit einer codicillarischen Disposition beruhe theils auf Rechtsregeln, welche bei ihrer Errichtung befolgt werden, theils auf factischen Verhältnissen, welche zur Zeit ihrer Errichtung vorhanden sein müßten. Stehe nun der Rechtsbeständigkeit einer Codicillarverfügung bloß eine bei ihrer Errichtung nicht befolgte Rechtsregel entgegen z. B. die, daß die zur Beurtheilung vorliegende Disposition nur in einem Testamente errichtet werden könne, sei aber das Codicill übrigens gültig errichtet, so müsse man, **ut actus magis valeat quam pereat**, eine solche Disposition als in dem das Codicill bestätigenden Testamente enthalten betrachten.

95) Gans Zeitschrift für die Civil- und Criminal-Rechtspflege im Königreiche Hannover 1. Bd. 3. Heft. S. 403. fgg.

Dieses Princip scheine in **L. 3 D.** *de testam. tut.* **(XXVI. 2)** und in **L. 77 D.** *de hered. instit.* **XXVIII. 5.** angewendet zu sein. — Allein diese Argumentation kann nicht richtig sein, weil es darnach gegen die Rechtsregel: **codicillis hereditas neque dari neque adimi potest** zuläßig sein müßte in einem Codicille einen Erben zu ernennen. Der Irrthum besteht aber darin, daß in die Worte der **L. 7 §. 1: praeterea in illis quae non juris sed facti sunt** der Unterschied zwischen Rechtsregeln und factischen Verhältnissen statt des Unterschieds zwischen juristischen und factischen Zuständen hineingelegt und die gar nicht hieher gehörige **L. 77 cit.** als Beweisstelle angezogen wird[96]. Reiche bemerkt dann weiter, daß über die Frage: ob man sich auch rücksichtlich der zu der Gültigkeit des Codicilles erforderlichen Thatumstände ein solches Retrotrahiren erlauben dürfe, die **L. 2 §. 2 D.** *h. t.* (S. 237. fgg.) und **L. 38 D.** *de condit. et de monstrat.* **(XXXV. 1)** einerseits, und **L. 2 pr.** (S. 259) §. 1 (S. 261) **L. 4** (S. 281. fg.)[97] **L. 8 §. 4 D.** *h. t.* (S. 277. fgg.) **L. 17 §. 4 D.** *de test. milit.* (S. 274. fgg.) andererseits in einem unauflöslichen Widerspruche stünden, ja daß die **L. 2. D.** *h. t.* über diesen Punkt sich selbst zweimal widerspreche, indem die Entscheidungen im **pr.** und §. 1 dem allgemeinen Grundsatze in §. 2, und in §. 2 die Entscheidung **non recte libertas directa datur** wiederum dem Principe widerspreche. Er erblickt in diesen Widersprüchen Spuren des alten in **L. 14 pr. D.** *h. t.* (S. 263 fgg.) referirten Sectenstreites, und glaubt im Sinne der Justinianeischen Legislation die von Scävola

96) Auf diese Beweisstellen werde ich in §. 1513. f. zurückkommen.

97) Daß der **animus fraudandi** hier den Ausschlag giebt ist auch von v. Reiche übersehen.

adoptirte Ansicht des Proculus vorziehen zu müssen. Allein alle hier angenommene Widersprüche sind gar nicht vorhanden. Die L. 38 D. cit. gehört gar nicht hieher[98]); die L. 2 §. 2 enthält die Regel, und alle übrigen Stellen, einschließlich der L. 7 §. 1, die Ausnahmen. Der Widerspruch in L. 2. §. 2. verschwindet aber mit der Tilgung der Negation (S. 242. fgg.). Statt mit dem Geständnisse v. Reiches, daß sich über das Thema des gegenwärtigen Paragraphen unauflösliche Widersprüche in den Quellen vorfänden, möchte daher dieser Paragraph eher mit der Behauptung zu schließen sein: daß sich hier eine Harmonie in den Quellen vorfindet, wie sie nicht leicht vollständiger gedacht und gewünscht werden kann.

§. 1511. d.

Die Intestatcodicille insbesondere.

Die Rechtsverhältnisse der Intestatcodicille, welche uns in dem gegenwärtigen Paragraphen beschäftigen werden, sind bei weitem nicht so verwickelt wie die der testamentarischen Codicille. Der Grund hiervon liegt in der Selbstständigkeit der Intestatcodicille, im Gegensatze zu der accessorischen Natur der testamentarischen Codicille (§. 1511 a S. 146 fgg.). Der Jurist Paulus characterisirt daher die Intestatcodicille sehr richtig durch den Ausspruch: vicem testamenti exhibent[99]), d. h. die Intestatcodicille haben den Zweck, in ihrer Sphäre, die Stelle eines Testamentes zu vertreten. Hiermit ist uns das oberste und leitende Princip für die Lehre von den Intestatcodicillen gegeben und zugleich der Weg angedeutet, welchen die folgende Untersuchung einzuschlagen

98) Dies wird in dem erwähnten §. 1513. f. genauer nachgewiesen werden.

99) L. 16. D. *h. t.* (§. 1511. a. S. 156. fgg.)

hat. Das Wesen der Intestatcodicille wird nämlich nur dadurch in das rechte Licht gestellt, daß überall zwischen ihnen und dem Testamente, durch Hervorhebung der Aehnlichkeiten und Verschiedenheiten, die Parallele gezogen wird. Da sich nun das Wesen des Testamentes um die active Testamentifaction, die Form, die Erbeinsetzung sammt dem sonstigen Inhalte, und die Aufhebungsarten desselben dreht, so müssen wir gerade die nämlichen Punkte auch bei den Intestatcodicillen verfolgen[100]). Beginnen wir daher, indem die Erörterungen über die Form in §. 1512 und 1513 nachfolgen werden, zuerst mit dem Erfordernisse der activen Testamentifaction, so treffen wir in diesem Punkte eine völlige Gleichheit zwischen Testament und Intestatcodicillen an, indem nur derjenige ein Intestatcodicill, wie ein Testament errichten kann, welcher die active Testamentifaction besitzt, wie bereits oben in §. 1510. S. 30. fgg. genauer nachgewiesen worden ist. Gerade dadurch unterscheidet sich auch das Intestatcodicill von dem testamentarischen, indem das letztere, wegen seiner accessorischen Natur in gewissen Fällen gilt, obgleich es von einem Testirunfähigen errichtet worden ist, (S. 53 fgg.), während bei Intestatcodicillen überall keine Convalescenz eintritt[1]).

Hinsichtlich des zweiten Erfordernisses, der Erbeinsetzung, finden wir dagegen eine bedeutende Verschiedenheit zwischen Testamenten und Intestatcodicillen, indem in den ersteren eine Erbeinsetzung vorkommt und resp. vorkommen muß, während eine solche in einem Intestat-

100) Die Nothwendigkeit der Erbschaftsantretung mußte schon oben in §. 1511. a. S. 145. fgg. hervorgehoben werden.

1) Eine aber nur scheinbare Ausnahme ist bereits oben in §. 1510. S. 43. fgg. berührt.

codicill gar nicht vorgenommen werden kann. Dennoch liegt auch in diesem Punkte eine sehr enge Verwandschaft zwischen Testament und Intestatcodicill. Die römischen Juristen gehen nämlich von der Ansicht aus, daß nicht bloß die testamentarischen Erben, sondern auch die zur Succession gelangenden Intestaterben die Erbschaft der letztwilligen Liberalität des Erblassers verdanken, insofern derselbe die active Testamentifaction besaß. Da er nämlich in diesem Falle seinen Intestaterben die Erbschaft durch ein Testament entziehen konnte[2]), so liegt der Act der Liberalität hier in der Nicht-Errichtung eines seinen Intestaterben die Erbschaft entziehenden Testamentes[3]). Wegen dieser indirecten letztwilligen Liberalität gegen seine Intestaterben ist es dem Erblasser auch gestattet dieselben durch Intestatcodicille oder auf sonstige Weise, freilich nur durch Fideicommisse[4]), zu oneriren. In dieser Beziehung sagt Ulpian im 1sten Buche von den Fideicommissen[5]):

Sciendum est autem eorum fidei committi[6])

2) Die bloß faktische Unmöglichkeit der Ausübung der Testamentifaction kommt hierbei natürlich eben so wenig, wie in **L.** 8. §. 2. **D.** *h. t.* (S. 31.) in Anschlag.

3) Nur den Pflichttheil, als ein **debitum naturale**, verdanken die Intestaterben keiner letztwilligen Liberalität, da der Erblasser ihnen diesen durch Testament nicht entziehen konnte.

4) Den Grund dieser Beschränkung siehe bei dem dritten Vergleichungspunkte — Wenn ich übrigens in dem Folgenden hin und wieder als Beweisstellen für die Intestatcodicille Fragmente citire, in welchen nur von (Intestat-) Fideicommissen die Rede ist, so liegt die Rechtfertigung dieses Verfahrens in den Bemerkungen auf S. 33.

5) **L.** 1. §. 6. **D.** *de leg. III.*

6) Vulg. **fidei committere.** — Die Lesart der Florentina

quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur.

Die römischen Juristen drücken diesen Gedanken aber auch positiv dadurch aus, daß der testirfähige aber ohne Testament verstorbene Erblasser so zu betrachten sei, als ob er die zur Succession gelangenden Intestaterben selbst zu Erben eingesetzt hätte, und erblicken hierin die Rechtfertigung für eine etwaige Onerirung der Intestaterben durch Intestatcodicill. So lehrt namentlich Julian im 29sten Buche der Digesten[7]):

Si quis, quum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit: *Quisquis mihi heres erit bonorumve possessor ejus fidei committo*, fideicommissa praestari debent, quia paterfamilias, qui testamentifactionem habet et codicillos faceret, perinde haberi debet ac si omnes heredes ejus essent[8]), ad quos legitima ejus hereditas vel bonorum possessio perventura

im Texte läßt sich nicht vertheidigen, daher die Vulgata vorzuziehen ist. Dagegen sind die Emendationen von Haloander, welcher das Wort quem streicht; von Bynkershoeck Obs. Lib. IV. cap. 25. welcher statt quem lesen will rem, und von Best ratio emendandi leges cap. 24. nr. 5. p. 358. sq. welcher statt quem die Conjectur: utique oder quid vorschlägt, zu verwerfen, weil das Wort quem wegen des folgenden ejus nothwendig ist.

7) L. 3. pr. §. 1. D. *h. t.* Vgl. den 35sten Theil des Commentars §. 1421. e. S. 371.

8) *F. A.* Schilling Animadv. critic. Spec. VII. (Lips. 1846.) p. 5. emendirt statt heredes eius essent, mit Beziehung auf Gaj. II. §. 117. und Ul-

esset. §. 1. Sed et si post codicillos factos natus quis esset proximus agnatus vel suus heres, fideicommissum praestari debebit; intelligitur enim is quoque heres scriptus, et ideo non perinde habendus est ac si rupisset codicillos.

Auf ähnliche Weise rechtfertigt der Jurist Paulus in seiner Monographie über die Codicille[9]), bei Gelegenheit der Aufzählung der verschiedenen Arten derselben[10]), die Zulassung der Codicille sine testamento d. h. der Intestatcodicille dadurch: Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem[11]).

Man kann daher hier allerdings im Sinne der römischen Juristen von einer stillschweigenden[12]) oder fingirten Erbeinsetzung der Intestaterben sprechen. Indessen darf man diese Fiction ja nicht etwa, wie die codicillarrechtliche Fiction, als das in allen Consequenzen durchzuführende oberste Princip dieser Lehre betrachten; sie bildet vielmehr nur die legislatorische ratio der im Wege des Gewohnheitsrechts durchgesetzten Zulassung der Intestatcodicille, und kann eben deshalb nur zu dem negativen Resultate benutzt werden: daß alles was durch

PIANI *Fragm.* Tit. XXI., heredes esse iussisset. Die Nothwendigkeit dieser vortrefflichen Emendation ergiebt sich aus §. 1. der obigen Stelle und den übrigen im Texte angeführten Parallelstellen.

9) L. 8. §. 1. D. *h. t.*

10) L. 8. pr. D. *eod.* (§. 1511. a. S. 152. fgg.)

11) Vgl. dazu auch noch L. 16. D. *h. t.* (§. 1511. a. S. 156. fgg.) und L. 19. D. *eod.*

12) Von einer solchen spricht z. B. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts 3. Th. §. 729. Note 9.

eine wirkliche Erbeinsetzung nicht zu erreichen steht, auch durch eine solche stillschweigende oder fingirte nicht erreicht werden kann [13]). Hiernach wäre es ein großer Irrthum auf diese Fiction den Schluß zu bauen, daß alle Folgen einer testamentarischen Einsetzung auch bei dieser stillschweigenden oder fingirten eintreten müßten [14]), und daß namentlich alle Verfügungen, welche neben einer testamentarischen Einsetzung möglich sind, auch bei dieser realisirt werden müßten [15]). Denn der Umfang der Intestat-

13) Dieser Argumentation bedient sich z. B. Paulus in der bei Note 20. im Texte erklärten **L.** 126. pr. **D.** *de leg. I.* — Sie ist auch von mir schon einmal oben in §. 1511. a. S. 174. angewendet.

14) So leitet z. B. Reinhardt Lehre von der Einwerfung (Stuttgart 1818.) §. 53. S. 29. daraus ab, daß auch bei der Intestaterbfolge keine Collation statt gefunden habe, sobald der Erblasser ein Intestatcodicill hinterlassen hätte, weil nunmehr die Intestaterben als eingesetzte Erben zu behandeln gewesen, und bei der testamentarischen Erbfolge bekanntlich vor Justinian eine gesetzliche Collation überall nicht statt gefunden habe. Reinhardt übersieht dabei, daß diese stillschweigende oder fingirte Einsetzung nicht bloß bei dem Vorhandensein eines Intestatcodicilles, sondern nach den Ausführungen im Texte überall angenommen wurde, wo ein im Besitze der activen Testamentifaction befindlicher Erblasser ohne Testament verstarb, und daß also in allen diesen Fällen nach Reinhardts Ansicht consequenter Weise keine Collation hätte statt finden können. Eine genauere Widerlegung dieser Reinhardt'schen Ansicht findet sich auch in Meinem Rechte der Collation (Heidelberg 1842.) §. 45. S. 238. fgg.

15) Denn letztwillige Verfügungen mit civilrechtlicher Wirkung sind in einem Intestatcodicille gar nicht möglich.

codicille hat sich nicht aus der Fiction entwickelt, sondern die Fiction ist nur aufgestellt, um den durch die Praxis zu fixirenden Umfang der Intestatcodicille juristisch zu rechtfertigen.

Auf diese Weise kann daher der Erblasser durch ein Intestatcodicill alle diejenigen oneriren, welchen er seine Erbschaft durch Testament entziehen konnte. Hiernach sollte man nun auch glauben, daß es dem Hausvater ohne weiteres frei stehen müsse, durch ein Pupillar-Intestatcodicill die Intestaterben seines Hauskindes, falls dieses während der Unmündigkeit nach ihm versterben sollte, zu oneriren, weil er ihnen ja die ganze Erbschaft des Pupillen durch eine testamentarische Pupillarsubstitution entziehen konnte. Allein dieses ist nicht der Fall. Man darf dabei nämlich nicht übersehen, daß auch der pupillariter substituirende Hausvater das eigene Vermögen des Pupillen gar nicht mit Vermächtnissen belasten darf, daß er vielmehr dem Pupillarsubstituten nur Vermächtnisse auferlegen kann, insofern und insoweit er demselben direct etwas von seinem eigenen Vermögen durch Erbeinsetzung Legat oder Fideicommiß[16]), oder indirect durch Erbeinsetzung des Pupillen[17]) zuwendet[18]). In allen

16) Setzte der Hausvater den Pupillarsubstituten zu seinem Erben ein, so konnte er ihn auch mit Legaten oneriren; hinterließ er ihm aber nur ein Legat oder Fideicommiß, so konnte er ihn auch nur mit Fideicommissen belasten. **L. 11. §. 8. D.** *ad leg. Falc.* (XXXV. 2.) coll. **L.** 94. pr. **D.** *de leg. I.* Vgl. Gaji *Inst.* Lib. II. §. 271. §. 1. J. *de singul. reb. per fideic.* (II. 24.) und **L.** 1. §. 6. **D.** *de leg. III.* (S. 307.)

17) In diesem Falle konnte der Vater den Pupillarsubstituten mit Legaten und deshalb auch natürlich mit Fideicommissen oneriren. **L.** 1. §. 3. **D.** *si cui plus*

Stellen, wo ein die Intestaterben onerirendes Pupillar-Intestatcodicill erwähnt wird, muß daher einer

quam per leg. Falc. (XXXV. 3.) L. 5. pr. D. *de legat. praest. b. p. c. t. petita* (XXXVII. 5.) S. den 40sten Th. des Comment. §. 1452. S. 397. fgg. — Dagegen war, wie wir aus Justinians Relation in der von *Edm.* Merillius Exposit in L. Decis. Justiniani p. 104. sqq. zu den 50. decisiones gerechneten L. 24. C. *de legat.* (VI. 37.) erfahren, über die Frage Streit unter den alten Juristen: ob der Vater den Pupillarsubstituten mit Vermächtnissen oneriren könne, wenn er den Pupillen exheredirt, aber doch mit einem Legate oder Fideicommisse bedacht hatte? Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen würde hier ein dem Pupillarsubstituten auferlegtes Legat für nichtig zu erklären gewesen sein, weil derselbe weder direct noch indirect Erbe des Vaters wurde, arg. Ulpiani *Fragm.* Tit. XXIV. §. 21. Dagegen ließe sich das Recht des Hausvaters, den Pupillarsubstituten mit einem Fideicommisse zu oneriren, recht wohl vertheidigen. Nichtsdestoweniger hat Justinian in L. 24. C. *cit.* dem Vater auch diese Befugniß abgesprochen. — In den Pandekten finden sich nur Entscheidungen darüber, daß der Vater den Pupillarsubstituten in diesem Falle nicht mit Legaten oneriren dürfe. L. 87. §. 7. D. *ad leg. Falc.* (XXXV. 2.), und daß hiervon nicht einmal eine Ausnahme gemacht wurde, wenn der Hausvater ein privilegirtes militärisches Testament errichtet hatte. L. 41. §. 3. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.) Vgl. den 40sten Th. des Comment. §. 1453. S. 407. fgg. v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2. Th. §. 251. Anm. 2. S. 418. fgg.

18) Diese auf den ersten Anblick auffallende Grundsätze erklären sich einfach daraus, daß der Pupillarsubstitut ursprünglich nur als ein secundus heres des Vaters

der oben erwähnten Fälle unterstellt werden [19]). Hieraus allein erklärt sich die folgende Stelle aus Paulus Monographie über die Pupillartestamente [20]), in welcher unser obiger Grundsatz über die stillschweigende oder fingirte Einsetzung der Intestaterben ausdrücklich hervorgehoben wird:

(1) **Ab exheredati substituto inutiliter legatum**

selbst, mithin die Pupillarsubstitution nur als eine modificirte Vulgarsubstitution aufgefaßt wurde. Siehe den 40sten Th. des Commentars §. 1446. S. 262. Note 12. §. 1452. S. 397. und v. Vangerow Leitfaden 2. Th. §. 452. Anm. S. 176. fgg. — Die Frage: ob und in wie weit der Pupillarsubstitut mit Vermächtnissen belastet werden könne, ist zwar von Mühlenbruch im 40sten Th. des Comment. §. 1452. S. 397—408. weitläufig besprochen. Klarer und übersichtlicher, so wie im Einzelnen richtiger ist indessen die Darstellung in v. Vangerows Leitfaden 2. Th. §. 521. Anm. 2. S. 416—419.

19) So muß z. B. in L. 92. §. ult. D. *de leg. I.* „Sicuti conceditur unicuique ab eo ad quem legitima ejus hereditas vel bonorum possessio perventura est, fideicommissum dare, ita ab eo ad quem impuberis filii legitima hereditas vel bonorum possessio perventura est, fideicommissa recte dabuntur" wie aus der mit dieser Stelle in unmittelbarem Zusammenhange stehenden L. 94. pr. D. *eod.* klar hervorgeht, der Fall unterstellt werden, daß der Pupill im Testamente seines Vaters zum Erben eingesetzt war. — Ueber die Frage: ob in L. 76. D. *ad. S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.) ein solches Pupillar-Intestatcodicill oder ein testamentarisches Codicill gemeint sei vgl. §. 1514.

20) L. 126. pr. D. *de leg. I.*

datur. Ergo nec a legitimo[21]) exheredati fideicommissum dari poterit, quod et legitimi eo jure praestare coguntur, quo si[22]) scripti fuissent. (2) Sed si, committente aliquo ex liberis edictum[23]) praetoris, quo contra

21) Legitimus ist hier, dem voraufgehenden substitutus entsprechend, wie auch sonst hin und wieder substantivisch für legitimus heres, den Intestaterben, gebraucht.

22) Vulg. Hal. quasi. Allein die Worte: quo si scripti fuissent, bei welchen cogerentur zu ergänzen sein würde, sind dem Stile des Paulus, bei welchem bekanntlich Ellipsen sehr häufig sind, weit angemessener.

23) Vulg. Hal. in edictum. Diese Lesart muß aber verworfen werden. Denn in dem Titel de bonorum possessione contra tabulas (XXXVII. 4.) und auch sonst wird bei der b. p. c. t. immer nur der Ausdruck: committere edictum d. h. den Eintritt des Ediktes durch Nachsuchung der b. p. c. t. herbeiführen, **L.** 3. §. 11. **L.** 8. §. 11. **L.** 10. §. 5. **L.** 11. pr. **D.** *eod.*, und commisso edicto **L.** 8. §. 14. **D.** *eod.* **L.** 103. §. 3. **D.** *de leg. III.*, commisso per alium s. alios edicto **L.** 8. §. 12. **L.** 10. §. 1. 4. 5. **D.** *de b. p. c. t.* (XXXVII. 4.) **L.** 103. §. 2. **D.** *de leg. III.*, oder commisso edicto ab alio filio **L.** 8. §. 4. **D.** *de b. p. c. t.* gebraucht. — Committere mit nachfolgendem in wird dagegen nur gebraucht, wenn Jemand durch seine Handlung in einen Nachtheil verfällt z. B. committere in poenam **L.** 4. **D.** *quod quisque juris* (II. 2.) **L.** 23. §. 1. **D.** *de recept. arbitr.* (IV. 8.) **L.** 47. **D.** *de act. emti* (XIX. 1.) Die Bemerkungen von *Jac.* CURTIUS Εἰκαστῶν Lib. II. cap. 48 (in OTTO Thes. T. V. p. 187.) über den Sprachgebrauch des Wortes committere sind völlig ungenügend.

tabulas bonorum possessionem pollicetur, scriptus quoque filius contra tabulas bonorum possessionem petierit, substitutus ejus legata pro modo patrimonii, quod ad filium pervenit, praestabit, perinde ac si id quod per bonorum possessionem filius habuit, a patre accepisset.

Paulus erörtert hier zwei Fälle. Bei Nr. 1. hat der Hausvater den Pupillen, wie ihm nach dem damaligen Rechte völlig frei stand, exheredirt[24]), und einen Dritten, also nicht den Pupillarsubstituten[25]), zu seinem eigenen Erben ernannt, ohne weder den Pupillarsubstituten noch den Pupillen mit einem Legate oder Fideicommisse zu bedenken[26]). In diesem Falle konnte der Erblasser den Pupillarsubstituten, nach den in den vorhergehenden Anmerkungen entwickelten Grundsätzen, weder mit einem Legate noch mit einem Fideicommisse oneriren[27]). Von diesem Falle

24) Pr. J. *de pupill. subst.* (II. 16.) Siehe den 40sten Th. des Comment. §. 1446. S. 263. Note 14. — Ueber das Verhältniß des älteren Rechtes zu Nov. 115 vgl. auch noch §. 1450. S. 377—339. ebendaselbst.

25) Dies muß wegen der Bemerkungen in Note 16. stillschweigend vorausgesetzt werden.

26) Dies ist gleichfalls nach den Ausführungen in Note 16. und 17. stillschweigend vorauszusetzen. Denn hätte der Vater in seinem eigenen Testamente den Pupillen oder den Pupillarsubstituten resp. den Pupillar-Intestaterben mit einem Legate oder Fideicommisse bedacht, so hätte er ihn deshalb insoweit auch mit einem Fideicommisse oneriren können, so daß Paulus dann nicht die Behauptung: ergo nec a legitimo exheredati fideicommissum dari poterit hätte aufstellen können.

27) Vgl. auch L. ult. pr. §. 1. D. *de leg. III.* L. 87.

einer testamentarischen Pupillarsubstitution schließt nun Paulus vermöge der bei Note 13 erwähnten Argumentation weiter auf das Pupillar-Indestatcodicill. Wenn nämlich der den Pupillen exheredirende Hausvater in diesem Falle den Pupillarsubstituten, welchem er doch durch die Pupillarsubstitution geradezu wenigstens die eigene Erbschaft des Pupillen zuwendet, nicht einmal mit Legaten oder Fideicommissen oneriren kann, so kann er eben so wenig die Intestaterben des Pupillen, weil er ihnen die Erbschaft des Pupillen nicht durch ein Pupillartestament entzieht, durch ein Pupillar-Intestatcodicill oneriren. Denn die Intestaterben sind hier, wie der Jurist sagt, nach denselben Normen zu beurtheilen, als wenn sie vom Vater zu Erben des Pupillen ernannt worden wären.

Bei Nr. 2 geht der Jurist sodann zu einem noch

§. 7. D. *ad leg. Falc.* (XXXV. 2.) und L. 94. pr. D. *de leg. I.* — Der Pupill, resp. dessen Vormund konnte freilich in diesem Falle die querela inofficiosi testamenti gegen das väterliche Testament anstellen. Paulus hat aber diese Eventualität offenbar deshalb gar nicht einmal berührt, weil er, wie bei Nr. 2., so auch bei Nr. 1. den Fall vor Augen hatte, wo der Erblasser außer diesem Pupillen noch andere Kinder hinterlassen hatte. Der Pupill konnte deshalb das Testament mit der querela inofficiosi testamenti nur theilweise, d. h. bis auf seinen Intestaterbtheil rescindiren; bei bloß theilweiser Rescission des Testamentes durch die querela inofficiosi testamenti wurde aber die Pupillarsubstitution aufrecht erhalten. L. 8. §. 5. D. *de inoffic. testam.* (V. 2.) L. 31. pr. D. *de vulg. et pupill. subst.* (XXVIII. 6.) Siehe den 35sten Th. des Commentars §. 1421. e. S. 374. Note 69.

complicirteren und zweifelhafteren Falle über. Wir haben uns denselben in der möglichsten Einfachheit folgendermaaßen zu denken. Ein Hausvater hatte zwei Kinder, ein emancipirtes und ein unmündiges in der väterlichen Gewalt. Das emancipirte präterirt er; das unmündige setzt er zum Erben ein, ernennt ihm einen Pupillarsubstituten und onerirt letzteren mit verschiedenen Legaten. Das unmündige Kind wird nach dem Tode seines Vaters, kraft der testamentarischen Einsetzung, **ipso jure** Erbe desselben; das emancipirte agnoscirt aber **bonorum possessio contra tabulas**, und dieser schließt sich das unmündige Kind durch seinen Tutor, **commisso per alium (sc. emancipatum) edicto** [28]), an. Hierauf verstirbt es noch während der Unmündigkeit. Da indessen die Pupillarsubstitution durch die **bonorum possessio contra tabulas** nicht hinfällig geworden war, weil das Testament wegen der Existenz eines **suus heres** nach Civilrecht gültig war und bleibt [29]), so trat der Pupillarsubstitut die Erbschaft des unmündigen Kindes an, und nun entstand die Frage: ob und in wie weit er die ihm auferlegten Legate zu prästiren habe? Auf den ersten Anblick scheint er zur

28) Ueber die **bonorum possessio contra tabulas, commisso per alium edicto**, welche in §. 1605. genauer abgehandelt werden wird vgl. vorläufig nur Francke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten §. 12. S. 137. fgg.; den 37sten Theil des Comment. §. 1421. i. S. 16. fgg. und v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2. Th. §. 472. Anm. I. 1. S. 243. fgg.

29) **L. 34. §. 2. D.** ***de vulg. et pupill. subst.*** **(XXVIII. 6.) L. 5. pr. D.** ***de legat. praest. b. p. c. t. petita*** **(XXXVII. 5.)** Siehe den 37sten Th. des Comment. §. 1421. i. S. 18.; den 40sten Th. §. 1455. S. 472.

Zahlung derselben nicht verpflichtet zu sein, weil er selbst nicht zum Erben des Vaters eingesetzt ist, und weil der eingesetzte Pupill doch nicht aus dem Testamente Erbe geworden ist, sondern seinen Erbtheil contra tabulas patris erhalten hat. Allein der Anspruch des Pupillen auf die bonorum possessio contra tabulas war doch durch die Erbeinsetzung vermittelt, indem zu der bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto nur die wirklich eingesetzten liberi des Erblassers zugelassen wurden[30]). Deshalb konnte denn der diesem eingesetzten Kinde bei der bonorum possessio contra tabulas zufallende Erbtheil so behandelt werden wie wenn er ihm unmittelbar durch den Vater zugewiesen wäre, und der Pupillarsubstitut wird aus diesem Grunde von Paulus verpflichtet die ihm[31]) auferlegten Legate pro modo

30) Denn die exheredirten liberi haben niemals Anspruch auf die bonorum possessio contra tabulas, auch nicht commisso per alium edicto. Ist nämlich das Testament durch Antretung nach Civilrecht gültig geworden, so steht ihnen nur die querela inofficiosi testamenti zu Gebote. L. 8. pr. L. 10. §. 5. D. *de b. p. c. t.* (XXXVII. 4.); ist dasselbe aber nach Civilrecht ungültig z. B. durch Ausschlagung der eingesetzten Erben oder auf sonstige Weise, so bekommen die exheredirten Kinder ihren Intestaterbtheil und können selbst bonorum possessio Unde liberi agnosciren L. 20. pr. D. *eod.* L. ult. D. *de liber. et postum.* (XXVIII. 2.) L. 1. §. ult. D. *si tab. test. nullae* (XXXVIII. 6.) Siehe Francke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten §. 12. S. 141. Mühlenbruch im Comment. 37ster Th. §. 1421. i. S. 8—16.

31) Die dem eingesetzten und bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto agnoscirenden

patrimonii quod ad filium pervenit (nämlich durch die bonorum possessio contra tabulas) zu zahlen [32].

Pupillen selbst auferlegten Legate hätte aber der Pupillarsubstitut, wie der Pupill selbst, nur an personae conjunctae s. exceptae zu zahlen brauchen; denn für diese haftet er nur als Erbe des Pupillen aus dessen Person. L. 5. pr. D. *de legatis praestandis b. p. c. t. petita* (XXXVII. 5.) L. 11. §. 5. D. *ad leg. Falc.* (XXXV. 2.) Auf diesen Gegensatz bezieht sich die L. 34. §. 2. D. *de vulg. et pupill. subst.* (XXVIII. 6.) „Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substituto data sunt." — Ueber die fehlerhafte Lesart der L. 103. §. 2. 3. D. *de leg. III.* vgl. vorläufig Francke Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten §. 13. S. 160—163.

32) L. 34. §. 2. D. *cit.* Er kann hierbei natürlich auch eintretenden Falls die quarta Falcidia abziehen. L. 5. pr. §. 1. D. *de legatis praestandis b. p. c. t. petita* (XXXVII. 5.), d. h. von dem Erbtheile, welchen der Pupill durch die bonorum possessio contra tabulas erhielt, muß ihm der 4. Theil frei bleiben, während er das eigene Vermögen des Pupillen vollständig zurückbehält, indem dies mit Vermächtnissen gar nicht belastet werden kann (S. 311. Note 16—18.) Hieraus geht nun auch hervor, daß die Legatare dadurch, daß der Pupill bonorum possessio contra tabulas agnoscirt, sowohl verlieren wie gewinnen können. Sie können verlieren, wenn der Pupill bei der bonorum possessio contra tabulas einen kleineren Erbtheil erhält, als den ihm im Testamente ausgesetzten, L. 5. pr. *cit.* L. 35. pr. D. *de vulg. et pupill. subst.* (XXVIII. 6.); sie können gewinnen, wenn er dadurch einen größeren Erbtheil erlangt L. 5. §. 1. D. *de*

Eine fernere Folge unseres obigen Grundsatzes besteht nun weiter darin, daß der Erblasser ein Codicill selbst für den Fall errichten kann, daß sein Vermögen als bonum vacans an den Fiscus[33]) oder diejenigen Personen fällt, welchen das Recht erblose Güter an sich zu nehmen noch vor dem Fiscus eingeräumt ist[34]). Denn der Erblasser konnte allen diesen Personen sein Vermögen durch ein Testament entziehen; sie verdanken dasselbe daher seiner durch die Nicht-Errichtung eines Testamentes

legat. praest. b. p. c. t. petita (XXXVII. 5.) Das Genauere hierüber muß in §. 1606. vorgetragen werden.

33) Der Ausspruch Marcians in **L. 114 §. 2. D.** *de leg. I.* „**Qui intestato decedit et scit bona sua ad fiscum perventura vacantia, fidei fisci committere potest**“ ist auf den Fall zu beschränken, wo eine im Besitze der activen Testamentifaction befindliche Person keinen successionsberechtigten Verwandten oder Ehegatten hat. Ein Deportirter, dessen nach der Deportation erworbenes Vermögen soweit er darüber nicht **inter vivos** verfügt hatte, **L. 15. pr. D.** *de interdictis et relegatis* (**XLVIII. 22.**) nach seinem Tode an den **fiscus** fiel, **L. 15. pr.** *cit.* **L. 2. C.** *de bonis proscriptorum* (**IX. 49.**) **L. 7. §. 5. D.** *de bonis damnatorum* (**XLVIII. 20.**) konnte daher auch trotz dieser Stelle kein Codicill errichten und auf diese Weise den Fiscus oneriren. S. §. 1510. S. 33. Note 90. — Das Wort **scit** in der obigen Stelle Marcians darf übrigens nicht zu einem **argumento a contrario** benutzt werden; es soll vielmehr nur damit angedeutet werden, daß auch die wissentliche Onerirung des Fiscus in diesem Falle nicht als eine Handlung **in fraudem fisci** verboten ist.

34) Diese Fälle werden in §. 1662. genauer vorgeführt werden.

sich offenbarenden letztwilligen Liberalität. Ja im älteren Rechte war vermöge unseres Grundsatzes selbst ein Intestatcodicill in einem Falle denkbar, wo nicht einmal eine Universalsuccession **mortis causa** eintrat[35]). Der Haussohn konnte nämlich über sein **peculium castrense** (**resp. quasi castrense**) während und nach der Dienstzeit testiren[36]). Hatte er aber kein Testament errichtet, so fiel das fragliche **peculium**, so weit es von ihm nicht unter Lebenden veräußert war, nach älterem Rechte seinem Hausvater **jure peculii** und zwar mit rückwärts wirkender Kraft an d. h. es wurde nun gerade so behandelt, wie wenn es stets ein s. g. **peculium profectitium** gewesen wäre[37]), so daß jedes einzelne Peculiarobject so betrachtet wurde, als ob es in dem Momente, wo es der Sohn acquirirt hatte, unmittelbar dem Vater erworben gewesen wäre[38]).

35) Denn nach der richtigeren Ansicht muß die Succession des Fiscus und der übrigen erwähnten Personen, mit Ausnahme des **socius liberalitatis imperialis**, als eine Universalsuccession **mortis causa** betrachtet werden, wie in §. 1661. genauer ausgeführt werden wird. Vgl. vorläufig nur v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2. Th. §. 564. Anm. S. 592. fgg.

36) Der Unterschied war nur, daß der **filiusfamilias miles** ein privilegirtes Testament errichten konnte, während der **filiusfamilias veteranus** nur nach **jus commune** testiren durfte. S. §. 1510. S. 37. Note 4.

37) **L. 2. D.** *de castrensi peculio* (**XLIX. 17.**) **L. 5. C.** *eod.* (**XII. 37.**) Vgl. auch THEOPHIL. *Paraphr. Graec. Inst.* **ad pr. J.** *quibus non est permissum* (**II. 12.**)

38) **L. 9. D.** *de castrensi peculio* (**XLIX. 17.**) **verb. dicendum est etc. L. 19. §. 3. D.** *eod.* **L. 44. pr. D.** *de leg. I.* **L. 1. §. 22. D.** *de collat.* (**XXXVIII. 6.**) über welche schwierige Stelle Mein Recht der

Dieser Anfall **jure peculii** war daher weder eine Universal- noch eine Singularsucession **mortis causa**. Nichtsdestoweniger konnte der Haussohn für diesen Fall ein Intestatcodicill errichten und darin den Hausvater oneriren[39], weil er dieses **peculium** durch Testament dem Vater hätte entziehen können. Dieser Fall ist indessen bereits aus dem neuesten Justinianeischen Rechte verschwunden[40]. Denn nach **Nov. 118.** ist auch das **peculium castrense** und **quasi castrense** des Haussohns ganz wie eine sonstige Erbschaft zu behandeln, so daß der Anfall **jure peculii** gar nicht mehr Statt findet, und der Hausvater, als wirklicher Intestaterbe, eintretenden Falls wie jeder andere Erbe durch Intestatcodicill onerirt werden kann.

Collation, Heidelberg 1842. §. 10. S. 41—48. zu vergleichen ist. — Eine andere hiervon gemachte Anwendung siehe in **L. 78. §. 3. D.** *de solutionibus* **XLVI. 3.)**

39) **L.** 18. **pr. D.** *ad leg. Falc.* **(XXXV. 2.)**, welche in §. 1576. genauer erklärt werden wird, und **L.** 114. **pr. D.** *de leg. I.*

40) Nach dem Rechte zur Zeit der Institutionen trat übrigens der Anfall **jure peculii** erst dann ein, wenn keine Kinder oder Geschwister des Hauskindes vorhanden waren, indem zuvörderst diese als wahre Erben, wie bei dem s. g. **peculio adventitio**, zur Succession berufen wurden, **pr. J.** *quib. non est permiss.* **(II. 12.)** Mit Unrecht nehmen übrigens manche Juristen, z. B. auch Glück Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge 2. Aufl. §. 80. S. 283. an, daß schon damals auch der Hausvater, wenn an ihn die Reihe kam, als wahrer Erbe in das **peculium** succedirt wäre. Dies wird ganz entschieden durch die Darstellung des **Theophil. (Note 37. cit.)** widerlegt.

Der dritte oben hervorgehobene Punkt führt uns zu der Frage: welche letztwillige Verfügungen in einem Intestatcodicille angeordnet werden können? In dieser Beziehung müssen nun die Intestatcodicille theilweise wieder mit dem Testamente zusammentreffen, weil in letzteres alle Arten der letztwilligen Verfügungen aufgenommen werden können. Die einfachste Antwort auf die obige Frage ist aber: daß in einem Intestatcodicille Alles aber auch nur das angeordnet werden kann, was in einem unbestätigten testamentarischen Codicille anzuordnen erlaubt ist[41]). Damit sind denn also, abgesehen von den Anordnungen über die directe Erbfolge alle letztwillige Verfügungen mit civilrechtlicher Wirkung (§. 1511. b. S. 209. fgg.) von der Sphäre der Intestatcodicille ausgeschloßen. Dies hat seinen natürlichen Grund darin, daß diese Verfügungen mit civilrechtlicher Wirkung auch nur durch eine Erklärung in civilrechtlicher Form ins Leben gerufen werden konnten (S. 210.), wie sie nur das Testament und das bestätigte Codicill darboten. Verfolgen wir nun die einzelnen Anwendungen dieses Grundsatzes[42]), so sind in einem Intestatcodicille

I. von anordnenden letztwilligen Verfügungen zulässig:

1. Fideicommisse, und zwar sowohl Singular-[43])

41) Bei der Anwendung dieses Grundsatzes auf die einzelnen Verfügungen werden wir allerdings hinter Note 79. unten eine Verschiedenheit zwischen den unbestätigten und den Intestatcodicillen kennen lernen.

42) Die einzelnen Anwendungen waren hier genauer als bei den unbestätigten Codicillen zu verfolgen, da es oben in §. 1511. b. S. 205. fgg. nur darauf ankam, den Gegensatz zwischen den bestätigten und unbestätigten Codicillen in das rechte Licht zu stellen.

43) Auf ein solches sind zu beziehen: §. 1. J. *h. t.* (S.

wie Universalfideicommisse[44]), indem das ursprünglich auf testamentarische Erben beschränkte **S. C. Trebellianum** später auch auf die Intestaterbfolge ausgedehnt wurde[45]). Legate konnten demnach in einem Intestatcodicille nicht hinterlassen werden. Hierauf wird noch ausdrücklich in folgender Stelle der **Consultatio veteris jurisconsulti cap. 6**[46]) aufmerksam gemacht: **Item leges: legatum, si per codicillos dimissum**[47]) **fuerit**[48]), **sine testamento**

155.) L. 3. pr. §. 1. D. *h. t.* (S. 308. fg.) L. 16. D. *h. t.* (S. 156. fgg.) L. 6. pr. D. *si quis omissa causa* (S. 163.) L. 1. C. *h. t.* (S. 107. fgg.) L. 4. C. *eod.* L. 1. §. 5. D. *de leg. III.* (S. 42. fgg.) L. 18. pr. D. *ad leg. Falc.* (s. S. 322. Note 39.) L. 6. C. *quando dies* (VI. 53.) — Eine epistola mit einem s. g. Präfideicommisse wird erwähnt in L. 77. §. 26. D. *de leg. II.* Ueber den Unterschied zwischen epistola und codicilli vgl. §. 1512. hinter Note 15. und 61.

44) L. 13. §. 1. D. *h. t.* (S. 93. fgg.) L. 89. §. 3. D. *de leg. II.* Vgl. auch die allgemein redenden Beweisstellen in §. 1511. S. 92. Note 35. und die 3. ersten Beweisstellen der folgenden Note. Ueber L. 76. D. *ad S. C. Trebell.* vgl. S. 313. Note 19. a. E. Eine ein Universalfideicommiß enthaltende epistola wird erwähnt in L. 75. pr. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.)

45) L. 6. §. 1. L. 1. §. 5. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.) L. 3. L. 5. C. *eod.* (VI. 49.)

46) in Schulting Jurispr. Antejust. ed. Ayrer p. 819. sq.; bei Hugo Jus civile Antej. T. II. p. 1487.; in dem Bonner Corp. jur. civ. Antejust. T. I. p. 402.

47) Dimittere kommt schon bei Gaj. *Inst.* Lib. II. §. 195. in der Bedeutung von relinquere, letztwillig hinterlassen, vor, in welchem Sinne es im Theodosianischen Codex sehr häufig angetroffen wird. Siehe Aleander ad

valere non posse. Ex corp. Hermog. *Tit. de donat. int. vir. et uxor.* Iidem AA. et CC.[49]) Aurelio Altino (inter cetera et ad locum:) Codicillis autem sine testamento legatum nec adimi nec dari potest. Datum sub die VIII. Kal. Ian. Nicomediae CC. Coss. Denn die in diesem Rescripte angeführten codicilli sine testamento sind keine anderen als die Intestatcodicille[50]). Wenn aber in einem Intestatcodicille kein Legat angeordnet werden kann, so kann darin auch natürlich keine ademtio legati vorgenommen werden, weil die Gültigkeit der ademtio durch die Gültigkeit der datio bedingt wird[51]). In den die Anführung dieses Rescriptes einleitenden Worten: item leges u. s. w. muß nun offenbar derselbe Sinn wie in dem Rescripte selbst enthalten sein. Dies geschieht aber nur, wenn das Komma nicht hinter fuerit sondern hinter testamento gestellt wird. Dann lauten dieselben: item leges: legatum, si per codicillos dimissum fuerit sine testamento, valere non posse d. h. ein in einem Intestatcodicille hinterlassenes Legat ist ungültig. Nach der gewöhnlichen Interpunction müßte oder könnte wenigstens aus den fraglichen Worten gefolgert werden,

Gaji Epit. Lib. II. Tit. 7. §. 8. (in Schulting jurisprud. Antejust. p 128. not. 32.)

48) Das in allen Ausgaben hier befindliche Komma ist nach den Bemerkungen im Texte erst hinter testamento zu setzen.

49) Es sind hier die Kaiser Diocletian und Maximian gemeint.

50) Siehe den Sprachgebrauch in §. 1511. a. S. 162.

51) Ueber den Schluß von der datio auf die ademtio vgl. §. 1511. c. S. 252. Note 55. Die Fassung des Rescriptes ist übrigens offenbar der Rechtsparömie: codicillis hereditas neque dari neque adimi potest nachgebildet.

daß ein in einem Codicille hinterlassenes Legat gültig sei, sobald vor oder nachher ein Testament errichtet worden sei, während die Gültigkeit des Legates in diesem Falle doch nur von der Bestätigung des Codicills im Testamente abhing.

2. Die **fideicommissaria libertas** für eigene wie für fremde Sklaven [52]), im Gegensatze der **libertas directa**.

3. Eine jede vormundschaftliche Anordnung, so weit sie überhaupt juristisch zulässig ist (S. 5. fgg.), mit Ausnahme der s. g. **tutela testamentaria perfecta**. So war es namentlich den Tutoren und Curatoren durch die bekannte **oratio D. Severi** [53]) verboten **praedia rustica vel suburbana** der Pupillen und Curanden ohne Decret des Prätors zu veräußern, „**nisi ut id fiat parentes testamento** v e l c o d i c i l l i s **caverint** [54]).“ Der Grundgedanke dieser **oratio** bestand, wie B a c h o f e n a. a. O. S. 120. sehr richtig auseinandersetzt, darin, den unmündigen Kindern die in der väterlichen Erbschaft vorhandenen Oeconomiegüter auf den Eintritt ihrer Volljährigkeit zu conserviren, wobei es natürlich keinen Unterschied machen konnte, ob der Pupill die fraglichen väterlichen

52) §. 3. J. *de eo cui libert. causa bona addicuntur* (III. 13.) L. 2. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.) L. 86. §. 2. D. *de acq. hered.* (XXIX. 2.) Eine die fideicommissaria libertas bei der Intestaterbfolge verleihende epistola fideicommissaria wird erwähnt in L. 37. §. 3. D. *de leg. III.* Auch L. 12. D. *de liber. leg.* (XXXIV. 3.) bezieht sich wahrscheinlich auf ein Intestatcodicill.

53) Vgl. darüber den 32. Th. des Comment. §. 1381. a. S. 458. fgg. und B a c h o f e n ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts. Bonn 1848. 4te Abhandlung. „Das Veräußerungsverbot der oratio Severi.“

54) L. 1. §. 2. D. *de reb. eor.* (XXVII. 9.)

Güter ex testamento oder ab intestato ererbt hatte [55]). Wenn daher in den obigen Worten nisi ut id fiat etc. die Erlaubniß des Vaters einem Decrete des Prätors gleichgesetzt wird, so muß diese Erlaubniß sowohl für den Fall der testamentarischen wie der Intestaterbfolge ertheilt werden können, indem das allgemeine Wort codicilli sowohl auf die testamentarischen wie auf die Intestatcodicille bezogen werden muß [56]). Consequenterweise muß es nun auch erlaubt sein, eine s. g. tutela testamentaria imperfecta in einem Intestatcodicille unter der gehörigen Voraussetzung anzuordnen [57]). Hierauf ist folgendes Rescript des Kaisers Alexander [58]) zu beziehen. **Neque per epistolam neque ex imperfecto [59]) testamento tutorem recte dari indubitati juris est. Sed voluntas patris in constituendis tutoribus vel curatoribus in hujusmodi casibus a judice, ad cujus officium haec**

55) Gerade die einem Descendenten ab intestato zugefallenen väterlichen und großväterlichen Güter waren von den 12. Tafeln schon in einer anderen Beziehung in Schutz genommen. Ulpiani *Fragm.* Tit. XII. §. 3. vgl. mit Pauli *Sent. Rec.* Lib. III. Tit. 4. A. §. 7.

56) Vgl. Bachofen a. a. O. S. 121. fgg. und die Ausführungen in §. 1512. b. unten.

57) Man darf sich hier nur nicht an den Ausdruck tutela testamentaria imperfecta stoßen. Denn dieser Kunstausdruck ist unächt. In der Sprache der römischen Juristen ist die obige Frage vielmehr so auszudrücken: muß der in einem Intestatcodicille vom Vater u. s. w. bestellte Vormund confirmirt werden?

58) L. 2. C. *de confirm. tut.* (V. 29.)

59) Rudorff Recht der Vormundschaft 1. Th. §. 41. S. 330. bezieht diesen Ausdruck, so wie den Ausdruck non justum testamentum in L. 3. D. *de confirm. tut.* (XXVI. 3.) auf das bloß prätorische Testament.

res pertinet, servari solet etc. indem sich hieraus der Rechtssatz, daß die vom Vater in einer epistola bestellten Vormünder regelmäßig confirmirt werden müssen, ergiebt, und kein Grund vorliegt das allgemein lautende Wort epistola auf eine zu einem Testamente gehörige epistola einzuschränken[60]), gerade wie auch die allgemein lautenden Worte der **L. 10. D.** de confirm. tut. (**XXVI. 3**) „quos pater testamento codicillisve non jure dedit“ recht füglich auch mit auf ein Intestatcodicill bezogen werden können[61]). Denn wenn auch in **L. 1. §. 1. D.** *eod.* nur die Confirmation eines in codicillis non confirmatis bestellten Tutors hervorgehoben wird, so kann dies nicht als Gegenargument benutzt werden, da der Jurist in diesen ganzen Paragraphen entschieden nur Beispiele für seine einzelnen Behauptungen hinzufügen wollte. Nach den Reichsgesetzen kann endlich die Bejahung der Frage: ob der in einem Intestatcodicille bestellte Vormund zu confirmiren sei, vollends keinem Zweifel unterliegen, da nach der Reichs-Polizei-Ordnung vom J. 1577. Tit. 32. §. 1. eine Dativtutel nur eintreten soll „da die (sc. Vormünder) ihnen (sc. den Minderjährigen) von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nit verordnet“ u. s. w.[62]).

60) Eine epistola wird nämlich auch häufig in Fällen der Intestaterbfolge erwähnt. Vgl. §. 1512. Note 26.

61) In *Vatic. Fragm.* §. 172. kommen bei Gelegenheit der Excusationen der Tutoren auch die Worte (codi) cillis ad testamentum non pertinen(tibus) vor. Indessen ist die Stelle zu lückenhaft, um sie auf irgend eine Weise benutzen zu können.

62) Siehe hierüber oben §. 1511. b. S. 229. Note 4. — Die neueren Pandektenlehrbücher gehen übrigens auf die obige Frage nicht genügend ein. Wenn Rudorff

4. Ferner kann natürlich Alles was in einer formlosen letzten Willensverfügung gestattet ist, auch in der Form eines Intestatcodicilles angeordnet werden. Dies finden wir namentlich bestätigt.

a. bei den Erbschaftstheilungen. Nach älterem Rechte war es nämlich jedem Erblasser, nach Analogie der formlosen Fideicommisse, mit welchen auch coheredes honorirt werden konnten[63]), gestattet, seinen Nachlaß anticipando unter seine zukünftigen testamentarischen oder Intestaterben auf formlose Weise, durch wörtliche Anordnung, dergestalt zu vertheilen, daß der arbiter familiae herciscundae diese Theilung seinem Spruche zu Grunde legen mußte[64]), insoweit dadurch nicht etwa Pflichttheilsrechte oder das Recht auf die quarta Falcidia verletzt waren[65]). Ja der Erblasser konnte seinen sämmtlichen Nachlaß schon bei seinen Lebzeiten reell ohne weitere Förmlichkeit unter

a. a. O. sich über das römische Recht folgendermaaßen äußert: „Wenn der letzte Wille ein injustum oder imperfectum testamentum d. h. ein bloß prätorisches Testament oder ein Codicill war, so ist die Datio null, aber sie wird confirmirt" so muß er hierunter auch ein Intestatcodicill verstanden haben, und so kann ich ihn wohl als einen Anhänger der hier vertheidigten Ansicht betrachten. Vgl. übrigens S. 229. Note 4.

63) Vgl. z. B. L. 77. pr. §. 7. §. 8. §. 26. D. *de leg. II.* L. 40. pr. L. 96. D. *de leg. III.* u. s. w. Dies folgt auch aus der Zulässigkeit der Prälegate.

64) Die Formlosigkeit dieser Anordnung wird vorzugsweise hervorgehoben in L. 16. L. 21. C. fam. hercis. (III. 36). Ueber erstere Stelle vgl. Mühlenbruch im 42. Th. des Comment. §. 1480. S. 154. fgg.

65) L. 10. L. 16. L. 21. C. *eod.* L. 8. pr. C. *de inoffic. testam.* (III. 28.) L. 20 §. 5. D. *fam. herc.* (X. 2). L. 15. D. *de his quae ut indign.* (XXXIV. 9).

die zukünftigen Erben vertheilen[66]). Auf diese Weise kann es uns denn nicht befremden, daß wir solche Erbschaftstheilungen nicht blos in Testamenten[67]), sondern

66) L. 20. §. 3. D. *fam. herc.* (X. 2.) – War wirklich Alles bereits reell vertheilt, so war eine actio familiae herciscundae in diesem Falle gar nicht mehr möglich. Hatte aber der Erblasser bei dieser Theilung auch die Schulden vertheilt, und der eine Erbe wollte dies nicht anerkennen, so konnten die Miterben nach dieser Stelle wenigstens zu einer actio praescriptis verbis ihre Zuflucht nehmen. Buchholtz Lehre von den Prälegaten Jena 1850. S. 237. Note 33. läugnet daher mit Unrecht, daß in dieser Stelle von einer reellen Vertheilung der einzelnen Vermögensstücke die Rede sei. Dies wird durch die von dem Juristen vorausgesetzte Unmöglichkeit der actio familiae herciscundae bewiesen, und gerade hierin liegt ein wichtiger Unterschied zwischen der reellen und bloß wörtlichen Erbschaftstheilung des Erblassers.

67) L. 10. C. *fam. herc.* (III. 36.) L. 30. §. 3. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.) Diese Theilung geschah dann häufig auch in der Form von Legaten, L. 33. D. *fam. herc.* (X. 2.) L. 90. §. 1. D. *de leg. I.* (wo mit den Vulgathandschriften: Plane si, pluribus filiis institutis, inter eos legatorum verbis bona diviserit, voluntatis ratione legatorum actio denegabitur ei qui non agnoverit hereditatem gelesen werden muß, während in der Florentina die hervorgehobenen Worte fehlen, vgl. v. Buchholtz a. a. O. S. 241. Note 46. S. 283. Note 49.), oder Fideicommissen L. 77. §. 8. §. 26. D. *de leg. II.* L. 40. pr. D. *de leg. III.* Allein solche nur eine Theilung realisirende Legate resp. Fideicommisse sind sorgfältig von wirklichen Prälegaten zu trennen. Vgl. darüber Mühlenbruch im 42. Th. des Comment.

eben sowohl in testamentarischen[68]) als in Intestatcodicillen[69]) erwähnt finden. Ein besonderes Privilegium für die Eltern oder wenigstens für den Vater lag in dieser Hinsicht, wie Mühlenbruch[70]) und jetzt auch v. Buchholtz[70 a]) ganz richtig anerkannt haben, im älteren Rechte nicht vor[71]). Dieses beginnt vielmehr

§. 1483. S. 241. fgg., wo die obige L. 90. §. 1. noch hätte angeführt werden müssen. Gegen Mühlenbruchs Ausführungen hat sich übrigens jetzt theilweise von Buchholtz a. a. O. S. 237. fgg. erklärt, dessen Ansicht ich bei der Lehre von den Prälegaten in §. 1521. genauer prüfen werde. — In dem Testamente wurde hin und wieder auch eine Bestätigung einer solchen Erbschaftstheilung vorgenommen. L. 39. §. 5. D. *fam. herc.* (X. 2.)

68) L. 30. §. 3. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.) L. 15. D. *de his quae ut indign.* (XXXIV. 9.)

69) L. 39. §. 1. D. *fam. herc.* (X. 2.) „Intestato moriens codicillis praedia sua omnia et patrimonium inter liberos divisit ita ut longe amplius filio quam filiae relinqueret" etc. Vgl. über den wahren Inhalt der Stelle Mein Recht der Collation (Heidelberg 1842.) §. 27. S. 114. fgg.

70) 42. Th. des Comment. §. 1480. S. 152. fgg.

70 a) Die Lehre von den Prälegaten. Jena 1850. S. 234. Note 22.

71) Allerdings werden die vom Vater vorgenommenen Erbschaftstheilungen am häufigsten erwähnt. Allein mehrere Stellen lauten auch allgemein, L. 20. §. 5. D. *fam. herc.* (X. 2.) L. 15. D. *de his quae ut. indign.* (XXXIV. 9.) coll. L. 10. C. *fam. herc.* (III. 36.) L. 1. C. de except. (VIII. 36.) und ein innerer Grund der Beschränkung auf Väter liegt überall

erst, nachdem Constantin die Intestatcodicille und Theodosius auch die testamentarischen Codicille zu solennen letztwilligen Verfügungen erhoben hatten, und wird uns in den nachfolgenden Erörterungen (§. 1513. e. §. 1514. a.) noch mehrfach beschäftigen.

b. Bei der adsignatio liberti. Durch ein S. C. aus der Zeit des Kaisers Claudius [72]), dessen Worte uns von Ulpian [73]) aufbewahrt worden sind, war es nämlich demjenigen Patron, welcher 2 oder mehr eheliche Kinder in seiner väterlichen Gewalt hatte, gestattet, die von ihm unter Lebenden oder im Testamente freigelassenen Sklaven einem seiner liberi [74]) mit der Wirkung zu überweisen (adsignare), daß das Patronatrecht nach seinem Tode allein auf dieses Kind überging, während es sonst auf sämmtliche liberi des nächsten Grades übergegangen

nicht vor, wie es auch keinem römischen Juristen einfällt, in den vielen Stellen nur mit einer Silbe auf ein Privilegium hinzudeuten.

72) Die Namen der Consuln werden verschieden in §. 3. J. *de adsign. libert.* (III. 8. al. 9.) und in L. 1. pr. D. *eod.* (XXXVIII. 4.) angegeben. Siehe darüber SCHRADER ad §. 3. J. cit. verb. SUILLO RUFO.

73) L. 1. pr. D. *eod.* (XXXVIII. 4.).

74) Der Ausdruck liberi ist hier gerade in demselben Sinne wie bei der bonorum possessio contra tabulas und Unde liberi zu nehmen. Vgl. L. 3. §. 1. 2. L. 13. §. 1. L. 9. D. *eod.* — Auch einem exheredirten Kinde konnte assignirt werden L. 1. §. 5. D. *eod.* L. 12. §. 1. D. *de bonis libert.* (XXXVIII. 2). Daher behielt auch das abstinirende oder nicht antretende Kind die Rechte aus der Assignation. Das Genauere über alle hier einschlagenden Punkte siehe in §. 1627.

wäre[75]). Das S. C. hatte für diese Ueberweisung keine besondere Form vorgeschrieben, sondern sich des allgemeinen Ausdrucks: Si, qui ... de liberto libertave sua significasset cujus ex liberis suis eum libertum eamve libertam esse vellet bedient. Deshalb bemerkt Ulpian[76]): adsignare autem quis potest quibuscunque verbis vel nutu vel testamento vel codicillis vel vivus, und übereinstimmend Scävola[77]): adsignare et pure et sub conditione et per epistolam vel testationem vel chirographum possumus, mit dem Zusatze: quia adsignatio liberti neque quasi legatum neque quasi fideicommissum percipitur; denique nec fideicommisso onerari potest. Noch kürzer drücken die Institutionen[78]) den betreffenden Rechtssatz durch die Worte: nec interest testamento quis adsignet an sine testamento, sed etiam quibuscunque verbis hoc patronis permittitur facere aus.

II. Die widerrufenden letztwilligen Verfügungen anlangend, so kann schon nach der Rechtsregel: nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est[79]), Alles was in einem Intestatcodicille gültig angeordnet ist, auch durch ein nachfolgendes Intestatcodicill gültig widerrufen werden. Wir haben aber auch an der in §. 1511. S. 140. abgedruckten **L. 3. C.** *h. t.* eine ganz allgemein lautende Beweisstelle, welche eben so gut auf testamentarische wie Intestatcodi-

75) Pr. J. *de adsign. libert.* (III. 8. al. 9.) §. 3. i. f. J. *de success. libert.* (III. 7. al. 8.) Vgl. Gaji *Inst.* Lib. III. §. 58.

76) L. 1. §. 3. D. *de adsign. libert.* (XXXVIII. 4).

77) L. 7. D. *eod.*

78) §. 3. J. *eod.* (III. 8. al. 9).

79) L. 35. D. *de R. J.*

cille bezogen werden kann. Nur in einem Punkte mußte natürlich die Sphäre der Intestatcodicille beschränkter sein als die der unbestätigten testamentarischen Codicille. Durch letztere konnten nämlich möglicherweise auch letztwillige Verfügungen mit civilrechtlicher Wirkung wie z. B. Legate, wenn auch nur mit beschränkter Wirkung zurückgenommen werden (§. 1511. b. S. 207. fgg.). Dies ist hier absolut unmöglich, weil bei der Intestaterbfolge überall keine Verfügungen mit civilrechtlicher Wirkung vorkommen können. Dagegen fällt in allen andern Beziehungen des Widerrufs der Umfang der Intestatcodicille mit dem der unbestätigten zusammen. So können namentlich

1. die in einem früheren Intestatcodicille ausgesetzten Fideicommisse durch späteres Intestatcodicill zurückgenommen werden. In dieser Beziehung sind entscheidend die allgemein lautenden Aussprüche: **nuda voluntate fideicommissa infirmantur** [80]), und **clari et aperti juris est in fideicommissis posteriores voluntates esse firmiores** [81])

2. Hinsichtlich der **fideicommissaria libertas** wird sogar bei widersprechenden Verfügungen nicht auf die **levissima** sondern auf die **novissima scriptura** gesehen [82]).

3. Dasselbe wird rücksichtlich der vormundschaftlichen Anordnungen eingeschärft [83]), so wie denn endlich auch

80) L. 18. D. *de leg. III.*

81) L. 19. C. *de fideicomm.* (VI. 42). Vgl. überhaupt die in §. 1511. b. S. 107. Note 48. citirten Beweisstellen.

82) L. 90. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1). L. 5. i. f. D. *de manum. testam.* (XL. 4).

83) L. 8. §. 3. L. 10. §. 1. D. *de testam. tut.* (XXVI. 2.) L. 10. D. *de confirm. tut.* (XXVI. 3). Vgl. auch die in §. 1511. S. 138. Note 64. citirten Beweisstellen.

4. eine Erbschaftstheilung durch späteres Codicill aufgehoben oder geändert[84]), und eine **adsignatio liberti** durch einfache Willenserklärung zurückgenommen werden kann[85]).

Wenden wir uns nunmehr schließlich zu dem vierten und letzten Punkte, zu der Aufhebung der Intestatcodicille, so muß darüber in Gemäßheit unseres obigen Principes folgende Rechtsregel entscheiden:

das Intestatcodicill wird durch dieselben Ereignisse aufgehoben, wodurch Testamente aufgehoben werden.

Da nun ein gültig errichtetes Testament hinterher bekanntlich dadurch ungültig werden kann, daß es **ruptum irritum** oder **destitutum** wird[86]), so müssen wir diese Fälle auch auf die Intestatcodicille übertragen, wobei wir indessen mehrere Modificationen der obigen Regel kennen lernen werden.

1. Die Ruption eines Testamentes trat bekanntlich entweder durch den veränderten, in der gehörigen Form kund gegebenen Willen des Erblassers[87]) oder durch Agnation eines im Testamente nicht gehörig berücksichtigten **postumus** ein[88]). In dem ersteren Punkte treffen Testament und Intestatcodicill zusammen, jedoch mit den Modificationen, daß bei letzteren schon der formlose Widerruf genügt (§. 1511. S. 137. §. 1511. d. S. 333.) und daß das Intestatcodicill nach dem oben in §. 1511. a. S. 168. fgg. erklärten Rescripte durch die spätere

84) L. 30. §. 3. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.)

85) L. 1. §. 4. D. *de adsign. libert.* (XXXVIII. 4.)

86) Mühlenbruch im 38. Th. des Comment. §. 1426. S. 124. fgg.

87) Siehe den 39sten Th. des Comment. §. 1428—1431.

88) Ebendaselbst §. 1432.

Errichtung eines Testamentes stillschweigend in ein testamentarisches Codicill verwandelt wird. In dem zweiten Punkte dagegen liegt eine wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden vor. Während nämlich das Testament unter der obigen Voraussetzung durch **agnatio postumi** rumpirt und damit auch der Sturz aller testamentarischen Codicille herbeigeführt wird[89]), bleibt das Intestatcodicill nichts desto weniger vollkommen rechtsbeständig[90]). Denn durch das Intestatcodicill wird ja das Erbrecht des **postumus** gar nicht geschmälert. Er bekommt eintretenden Falls seine Intestat-Erbquote und steht in dieser Beziehung einen eingesetzten Erben ganz gleich, so daß von einer Präterition, als der Grundbedingung der Ruption, hier gar nicht die Rede sein konnte. Ja es ist nach dem oben (S. **306**. fg.) Ausgeführten völlig consequent, daß wenn der Erblasser seine künftigen Erben ganz im Allgemeinen onerirt hat, auch der **ab intestato** succedirende **postumus** die Lasten wie jeder andere Intestaterbe mit zu übernehmen hat[91]).

2. **Irritum** wurde das Testament nach den früheren Ausführungen Mühlenbruchs[92]) durch jede **capitis**

89) **L**. 1. **C**. *h. t.* (S. 107. fgg.)

90) **L**. 3. §. 1. **D**. *h. t.* (S. 309.) **L**. 19. **L**. 16. **D**. *eod.* (S. 156. fgg.)

91) **L**. 3. §. 1. **cit**. Der complicirtere Fall der **L**. 19. **D**. *h. t.* kann erst in §. 1522. genauer erörtert werden.

92) im 39. Th. des Comment. §. 1433. S. 10. fgg. Wenn übrigens Mühlenbruch in Note 39. daselbst die Behauptung aufstellt, daß der Ausdruck **testamentum irritum** in diesem Sinne niemals ohne einen bestimmenden Zusatz als z. B. **irritum fit**, **constituitur** u. s. w. vorkomme, so wird dies durch **L**. 12. **pr. i. f. D. de injusto rupto** (§. 1510. S. 63. Note 70.)

deminutio des Erblassers. In diesem Falle mußte natürlich auch das Intestatcodicill irritum werden. Eine namentliche Anwendung hiervon finden wir in der **L. 4. §. 5. C. de haeret. et Manich. (I. 5)**: **Ergo et suprema illius scriptura irrita fit, sive testamento sive codicillo sive epistola sive quolibet alio genere reliquerit voluntatem qui manichaeus fuisse convincitur**[93]. Dagegen wird das Intestatcodicill dadurch allein noch nicht hinfällig, daß der Erblasser später aus anderen Gründen die active Testamentifaction verliert, insofern nicht der Verlust als Strafe eintritt und sich aus den Strafbestimmungen genau nachweisen läßt, daß auch die früheren letzten Willenserklärungen hinfällig werden sollen[94].

Uebrigens versteht es sich natürlich von selbst, daß in allen Fällen, wo ein **testamentum ruptum** oder **irritum** später doch noch aufrecht erhalten wird, dies analogerweise auch von dem Intestatcodicille gelten muß[95].

widerlegt. Eben so werden auch **irriti codicilli** in **L. 30. §. ult. D.** *de fideic. libert.* **(XL. 5.)** erwähnt.

93) Die Erläuterung dieser Stelle siehe bei Mühlenbruch a. a. O. S. 18. fg. Möglicherweise könnte übrigens der Ausdruck **irritum** hier auch in der allgemeineren Bedeutung der Ungültigkeit gebraucht sein.

94) Ich muß in dieser Beziehung auf die Ausführungen Mühlenbruchs a. a. O. S. 14. fgg. verweisen.

95) So mußte z. B. das von einem römischen Bürger vor seiner Gefangennehmung errichtete Intestatcodicill durch die **fictio legis Corneliae** aufrecht erhalten werden, nachdem letztere auch auf die Intestaterbschaft ausgedehnt war. PAULI *Sent. Rec.* **Lib. III. Tit. 4. A. §. 8. L. 22. pr. D.** *de captivis* **(XLIX. 15.)** Eben so ist **L. 11. §. 2. D.** *de b. p. s. t.* **(XXXVII. 11.)** analog anzuwenden. Vgl. überhaupt die Ausführungen Mühlenbruchs a. a. O. S. 22. fgg.

3. Wie endlich das Testament dadurch **destitutum** wird, daß die eingesetzten Erben nicht erben können oder wollen[96]), so muß auch das Intestatcodicill hinfällig werden, sobald Niemand Intestaterbe wird, oder wenigstens als Universalsuccessor in die **bona vacantia** eintritt[97]).

Der Vollständigkeit wegen muß endlich noch bemerkt werden, daß das Pupillar-Intestatcodicill, gleich dem Pupillartestamente, durch den Eintritt der Mündigkeit des Pupillen erlischt[98]), und daß das militärische Intestat-Codicill, nachdem die frühere Formlosigkeit der Codicille aufgehoben ist, mit dem Ablaufe des 1sten Jahres nach erhaltenem Abschiede erlöschen muß[99]).

Außer den obigen Gründen kann nun freilich ein Intestatcodicill möglicherweise auch dadurch noch hinfällig werden, daß die einzelnen darin enthaltenen Verfügungen sich erledigen z. B. in dem Intestatcodicille ist nur als einzige Verfügung ein Vermächtniß angeordnet und der Vermächtnißnehmer ist vor dem Erblasser gestorben. Allein diese Fälle gehören nicht der Lehre von den Codicillen, sondern der von den Vermächtnissen u. s. w.

96) Siehe den 39sten Th. des Comment. §. 1433. a. S. 39—78.

97) Denn daß der **fiscus** die Vermächtnisse zahlen muß ist ganz entschieden. **L.** 96. §. 1. **D.** *de leg. I.* Siehe auch **L.** 114. §. 2. **D.** *eod.* (S. 320. Note 33.) Das Genauere hierüber muß auf §. 1661. verspart werden. Vgl. vorläufig v. Vangerow's Leitfaden 2. Th. §. 564. S. 595. fgg. Ueber den Satz im Texte vgl. noch §. 1511. a. S. 145. fgg.

98) **L.** 93. **D.** *de leg. I.*

99) Nach der Analogie der in §. 1511. c. S. 274. Note 17 citirten Beweisstellen. Vgl. auch **L. ult. D. de test. mil. (XXIX. 1.)**

an, und können deshalb hier natürlich nicht weiter berücksichtigt werden[100]).

§. 1512.

Die Form der Codicille[1]). Das antejustianeische Recht.

Die Darstellung der für die Praxis so wichtigen Lehre von der Form der Codicille wird leider bei jedem Schritte von so zahlreichen Streitfragen, wie sie sich kaum in irgend einer anderen Lehre vorfinden, gehemmt. Der Grund dieser Masse von Streitfragen liegt theils in der allmähligen Ausbildung der Formen durch kaiserliche Constitutionen in einer Zeit des Verfalles der Rechtswissenschaft, theils in der Verschiedenheit des von den Compilatoren der Justinianeischen Legislation nicht zu einer Einheit verschmolzenen Pandekten- und Codexrechtes. Unter diesen Umständen wird die sorgfältige Verfolgung des geschichtlichen Entwickelungsganges dieser Lehre für den Darsteller zu einer unbedingten Nothwendigkeit. Wenden wir uns daher zuerst zu dem Rechte, wie wir es in den Schriften der juristischen Classiker, nachdem auch die unbestätigten und die Intestatcodicille aufgekommen waren, vorfinden, so unterscheiden sich Testament und Codicill in formeller Hinsicht gerade dadurch, daß sich das erste als eine solenne schriftliche oder mündliche, das

100) Es treten hier gerade dieselben Gründe ein, welche ich in Beziehung auf einen anderen Punkt in §. 1510. S. 73. auseinandergesetzt habe.

1) *Chr.* Rau Progr. de solennitate V. testium codicillis adhibendorum a Justiniano Imp. demum introducta ad §. 3. J. de codicill. Lips. 1804. *A. H. A.* Danz de externa codicillorum forma commentatio. Lips. 1835. Derselbe über die äußere Form der Codicille in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. 9. Bd. Nr. 8. S. 219—246. Bachofen ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts. Bonn 1848. S. 316—321.

letzte aber als eine nicht solenne schriftliche letzte Willenserklärung darstellte[2]). Das Codicill war damals diejenige Urkunde, welche eine die directe Erbfolge nicht berührende letzte Willenserklärung enthielt (S. 29). Sie war im Uebrigen an gar keine Form gebunden; sie brauchte daher weder von dem Erblasser selbst ge- oder unterschrieben, noch vor Zeugen errichtet und von denselben, mit Beifügung ihrer Namensschrift, versiegelt zu werden[3]). Dies geht aus folgendem Ausspruche Marcians im 7ten Buche seiner Institutionen[4]): **Codicillos et plures quis facere potest**[5]) **et ipsius manu neque scribi neque signari necesse est**, so wie aus der auf S. **217**. abgedruckten Entscheidung dieses Juristen und des Scävola in **L. 6. §. 2. D.** *h. t.* und **L. 89. pr. D.** *de leg. II.* auf das deutlichste hervor. Insbesondere ist die zuletzt erwähnte Stelle wichtig, weil darin Scävola gerade ein Gutachten über eine **epistola**[6]) **non obsignata** dahin abgiebt: **si fides epistolae relictae constaret, deberi quae in eam dare se velle significaverit**[7]). Hiernach kam es nur auf den Beweis der Aechtheit des Codicilles[8])

2) Vgl. die Bemerkung auf S. 234. Note 5.

3) Die Römer kannten das Siegeln nur als ein Ver- oder Zusiegeln nicht aber als das bei uns gebräuchliche Untersiegeln. Siehe Glück im 34sten Th. des Comment. §. 1415. b. S. 419. fgg.

4) **L.** 6. §. 1. **D.** *h. t.*

5) Ueber diesen Satz vgl. §. 1511. S. 137. fgg.

6) Darüber daß diese epistola im juristischen Sinne ein Codicill ist vgl. die Ausführungen im Texte hinter Note 15.

7) Wegen der sonstigen Erklärung dieser Stelle muß ich auf S. 217. fgg. verweisen.

8) Dies hat auch schon Mühlenbruch im 38sten Th. des Comment. §. 1428. S. 207. vorläufig ganz richtig angenommen.

an, wie auch noch aus den Worten: etiamsi veras eas (sc. codicillos et epistolas) esse quaestionum regula approbarit einer Constitution der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius 9) hervorgeht. Wer Rechte aus dem Codicille in Anspruch nahm, hatte daher nöthigenfalls den Beweis zu führen, entweder daß der Erblasser das Codicill selbst ge= oder unterschrieben 10) habe, oder daß es in seinem Auftrage resp. mit seiner nachfolgenden Genehmigung niedergeschrieben sei. Um diesen Beweis der Aechtheit des Codicills zu erleichtern wurde dasselbe gewiß ziemlich häufig entweder von dem Testator selbst, oder auf dessen Veranlassung von dazu berufenen Zeugen gleich einem Testamente versiegelt 11). Auf die Häufigkeit dieser Fälle kann man wenigstens aus der öfteren Erwähnung der Apertur der Codicille 12) schließen. Bei dieser Apertur befolgte man im Allgemeinen gewiß die für die Apertur der Testamente vorge=

9) L. 2. C. Th. *de testam. et codicill.* (IV. 4.)

10) Wegen der Unterschrift im Allgemeinen vgl. die Bemerkung in v. Savigny's System des heutigen römischen Rechts 3ter Bd. §. 131. S. 243. fg.

11) Ein also versiegeltes Codicill haben wir bereits in L. ult. D. *h. t.* (S. 100. fgg.) kennen gelernt. Ein ferneres Beispiel findet sich bei *M. Corn.* FRONTO epistola de hereditate Matidiae (in Opp. ed. *Ang.* MAIUS Mediol. 1815. P. II. p. 292.)

12) L. 3. §. 25. D. *ad S. C. Silanianum* (XXIX. 5). L. 86. §. 1. D. *de leg. I.* L. 66. §. 5. D. *de leg. II.* L. 18. §. 3. D. *de alim. legat.* (XXXIV. 1.) In L. 75. pr. D. *de leg. II.* hatte der Testator die Eröffnung des Codicilles sofort nach seinem, und in L. 89. §. 7. (L. ult. §. ult.) D. *de leg. II.* L. 25. §. 2. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.) erst nach des Erben Tode vorgeschrieben.

schriebenen Formalitäten [13]). Dadurch darf man sich indessen nicht zu der Meinung verleiten lassen, daß an die Apertur der Codicille die nämlichen Folgen wie an die Apertur der Testamente geknüpft gewesen seien. So geht namentlich aus den Worten des Paulus in **Lib. 3. ad Sabinum** [14]): **Eorum legatorum quae in codicillis relicta sunt perinde dies cedit atque testamento relictorum** für das ältere Recht klar hervor, daß der **dies cedens** der in einem bestätigten Codicille hinterlassenen Legate nicht mit dem Tage der Apertur des Codicilles, sondern mit dem vielleicht schon lange voraufgegangenem Tage der Apertur des Testamentes eintrat [15]).

Was die Fassung der Codicille anbelangt, so wurden sie gleichfalls sehr häufig in Briefform abgefaßt [16]). So

13) In der spätern Kaiserzeit wurde dies durch L. ult. C. *testamenta quemadmodum* (VI. 32.) geradezu vorgeschrieben.

14) L. 6. §. 2. D. *quando dies* (XXXVI. 2.)

15) Hierauf ist auch die L. 11. D. *testamenta quemadmodum* (XXIX. 3.) auf welche ich im §. 1513. f. noch genauer zurückkommen werde, zu beziehen. Eine ähnliche Entscheidung enthalten L. 1. L. 7. §. 3. D. *quando dies* (XXXVI. 2.) Vgl auch oben §. 1511. S. 104. fgg. und die daselbst in Note 71. citirte Abhandlung von Bachofen, welchem übrigens die im Texte abgedruckte Stelle entgangen sein muß. — Im Sinne des Justinianeischen Rechtes ist der dies cedens in der obigen Stelle natürlich der Todestag des Erblassers. Das Fragment, welches sich ursprünglich auf die Verschiedenheit des Tages der Apertur des Testamentes und des Codicilles bezog, bekommt dadurch freilich für die Justinianeische Legislation einen sehr trivialen Anstrich.

16) L. 37 §. 2. D. *de leg. III.* L. 56. (ult.) D. *de*

beginnt z. B. ein bei Marcellus[17]) erwähntes Codicill mit den Worten: **Lucius Titius heredibus primis et substitutibus salutem**, und daraus erklärt es sich sehr einfach, daß die römischen Juristen ein solches Codicill in Briefform eine **epistola**[18]), und insofern darin ein Fideicommiß angeordnet war, eine **epistola fideicommissaria**[19]) nannten. Materiell ist eine solche **epistola** aber ein Codicill und wird nur wegen ihrer formellen Fassung eine **epistola** genannt oder mit anderen Worten **codicilli** ist der Gattungsbegriff, und eine solche **epistola hominis ultima**, wie sie von den neueren Juristen genannt wird, ist nur eine einzelne **species** derselben. Da nun auch der Ausdruck **epistola** an und für sich der Gattungsbegriff für alle Arten von Briefen ist, so ist leicht ersichtlich daß nicht jedes Codicill eine **epistola** und nicht jede **epistola** ein Codicill ist, daß vielmehr nur ein in Briefform abgefaßtes Codicill wegen seines materiellen Inhaltes ein Codicill und wegen seiner formellen Fassung eine

fideic. libert. (XL. 5.) Auch in L. 35. §. 3. D. *de leg. III.* treffen wir, wenigstens nach der Lesart der Florentina, ein Codicill in Briefform an.

17) L. 56. (ult.) D. cit.

18) Die Briefform ist erhalten in L. 37. §. 3. D. *de leg. III.* L. 30. §. 1. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.) L. 75. pr. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1). Dagegen wird in anderen Stellen nur eine epistola erwähnt, ohne daß uns gerade die Briefform selbst mitgetheilt ist. L. 75. pr. L. 77. §. 26. L. 89. pr. D. *de leg. II.* L. 37. §. 4. L. 44. §. 2. L. 78. §. 1. D. *de leg. III.* L. 30. §. 4. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.) L. 22. C. *de fideic.* (VI. 42.) und die in Note 23. citirten Stellen.

19) L. 37. §. 3. D. *de leg. III.* L. 7. C. *qui testamenta* (VI. 22.)

epistola genannt werden kann. Es kann uns daher nicht überraschen, daß ein in Briefform abgefaßtes Codicill in einigen Stellen eine epistola[20]) und in anderen ein Codicill[21]) genannt wird, ja daß in einer und derselben Stelle für dieselbe Urkunde abwechselnd der Ausdruck epistola und codicilli gebraucht wird[22]). In allen denjenigen Stellen aber, wo beide Ausdrücke codicilli und epistolae neben einander als verschiedene Arten der letzten Willenserklärungen vorkommen[23]), haben wir nach dem Vorhergehenden natürlich unter codicilli die nicht in Briefform und unter epistolae die in Briefform abgefaßten Codicille zu verstehen. Einen sonstigen materiellen Unterschied zwischen codicilli und epistolae in unserem Sinne giebt es aber nicht. Auf diese Briefform der Codicille beziehen sich denn auch die Ausdrücke: codicillos ad aliquem scribere[24]) oder facere[25]), und es macht materiell wieder keinen Unterschied, ob das Codicill an den Onerirten[26]) oder an den Honorirten[27]) oder an

20) Siehe die in Note 18 zuerst citirten 3. Beweisstellen.
21) Siehe die in Note 16. citirten 3. Beweisstellen.
22) **L.** 30. **§.** 1. **D.** *de adim. legat.* (**XXXIV.** 4.)
23) **L.** 4. **C.** *de his quibus ut indignis* (**VI.** 35.) **L.** ult. **C.** *fam. herc.* (**III.** 36.) **L.** 7. **C.** *qui testamenta* (**VI.** 22.) **L.** 4. **§.** 5. **C.** *de haeretic. et Manich.* (S. 337.) Siehe auch **L.** 2. **C. Th.** *de testam. et codic.* (**IV.** 4.)
24) **L.** 11. **L.** 19. pr. **D.** *h. t.* **L.** 33. **§.** 1. **D.** *de leg. II.* **L.** 30. **§.** 2. **D.** *de adim. legat.* (**XXXIV.** 4.) Daß sich dieser Ausdruck gerade auf die Briefform bezieht, sieht man recht deutlich aus **L.** 37. **§.** 2. **D.** *de leg. III.*
25) **L.** 77. **§.** 29. **D.** *de leg. II.*
26) In **L.** 30. **§.** 1. **D.** *de. adim. legat.* (**XXXIV.** 4). **L.** 56. (ult.) **D.** *de fideic. libert.* (**XL.** 5), und in

eine bei den Verfügungen im Codicille gar nicht betheiligte Person gerichtet[28]) oder einer solchen zur Verwahrung übergeben ist[29]). Uebrigens konnte der Erblasser dem Codicille, auch ohne gerade die Briefform zu wählen, eine specielle Richtung dadurch geben, daß er dasselbe z. B. mit den Worten: pertinent autem hi codicilli ad uxorem et filium, wie in einem von Scävola begutachteten Codicille[30]) eröffnete. Zu dem Rechtsbestande des Codicilles war es aber weder nothwendig, daß es an Jeman-

allen in Note 24. und 25. citirten Stellen (mit Ausnahme von L. 37. §. 2. cit) ist das Codicill an den onerirten Erben, in L. 77. §. 26. D. *de leg. II.* L. 37. §. 3. 4. D. *de leg. III.* vgl. mit L. 11. L. 19. pr. D. *h. t.* L. 77. §. 29. D. *de leg. II.* L. 78. pr. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.) namentlich an den Intestaterben gerichtet. In L. 37. §. 3. D. *de leg. III.* dagegen ist es an den mortis causa donatarius, und in L. 37. §. 4. D. *eod.* an den Sohn und Schuldner der Erblasserin gerichtet, insofern dieser mit einem fideicommissum liberationis honorirt, und dafür dann auch wieder onerirt ist. Vgl. L. 77. D. *de leg. I.*

27) L. 75. pr. L. 77. §. 26. L. 89. pr. D. *de leg. II.* L. 78. §. 1. D. *de leg. III.*, ferner L. 37. §. 4. D. *de leg. III.* nach der Bemerkung in Note 26. Vgl. auch PAULI *Sent. Rec.* Lib. IV. Tit. 1. §. 5.

28) L. 37. §. 2. D. *de leg. III.*

29) L. 77. §. 26. D. *de leg. II.* verb. „non enim quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur."

30) L. 89. §. 2. D. *de leg. II.*, welche auch als lex geminata in L. 78. pr. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.) vorkommt.

den adressirt[31]), noch daß es mit der Aufschrift (titulus)[32]) codicilli versehen wurde. Denn nur der Inhalt war das allein Entscheidende, indem Form und Fassung der Willkühr des Erblassers ganz und gar anheimgestellt waren.

Die bisher vorgetragenen Grundsätze über das Recht zur Zeit der juristischen Classiker gehören indessen keineswegs zu den unbestrittenen, und wir müssen uns jetzt mit den auf dieses ältere Recht bezüglichen Streitfragen, trotz ihrer zunächst historischen Richtung genauer beschäftigen, da die einschlagenden Grundsätze mehrfach bei Controversen über unmittelbar praktische Fragen benutzt worden sind. Die erste vorzugsweise zwischen den beiden Böhmer und Em. Dunius[33]) verhandelte Streitfrage betrifft die Formlosigkeit der Codicille in der älteren Zeit. J. H. Böhmer betrachtet diese Formlosigkeit als die Grundlage seiner Ansicht über die Formlosigkeit der bestätigten Codicille im neueren Rechte, und fand in beiden Punkten einen sehr heftigen Gegner an Dunius. Allein in der hier zu erörternden Frage hat der Italiener trotz seiner maaßlosen Grobheit gegen J. H. Böhmer dennoch entschieden Unrecht. Dunius[34]) behauptet nämlich, daß ein schriftliches Codicill nur Beweiskraft gehabt habe, wenn es vor mindestens 2 Zeugen errichtet und von denselben versiegelt worden sei. Er beruft sich vor allen Dingen auf das bekannte Senatusconsult unter Nero.

31) Siehe die vollständige Mittheilung eines solchen Codicills in Nov. 159. praef.

32) Siehe die in §. 1509. S. 25. fgg. erklärte Stelle aus Isidor.

33) Die hierauf bezüglichen Streitschriften sind bereits S. 1. Note 1. angegeben und werden in §. 1513. f. noch genauer recensirt werden.

34) Diss. cit. Cap. I. §. III. p. 24.—42.

über die Form der Urkunden, welches uns Paulus folgendermaaßen mittheilt[35]). Amplissimus ordo decrevit, eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur: atque impositum supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriori scripturae fidem interior servet. Aliter tabulae prolatae nil momenti habent, so wie auf die Relation dieses Senatusconsultes bei Sueton[36]): Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulae nisi pertusa ac ter lino per foramina trajecto obsignarentur. Cautum ut in testamentis primae duae cerae, testatorum modo nomine inscripto, vacuae signaturis ostenderentur etc. Er bezieht dieses Senatusconsult auch auf Testamente[37]) und Codicille, und hält bei den letzteren die Zuziehung von 2 Zeugen, insofern sie nur die Qualität von Beweiszeugen an sich trügen, für genügend[38]), weil die Codicille zu den nicht solennen Rechtsgeschäften gehörten. Allein das Senatsconsult redet ja ganz entschieden nur von Contractsurkunden. Testament und Codicill sind aber ihrer inneren Natur nach keine Contracte und von den römischen Juristen auch niemals zu den letztern gerechnet[39]), obgleich bei dem testamentum per aes et

35) Sent. Rec. Lib. V. Tit. 25. §. 6., ausführlich erläutert von Glück im 34. Th. des Comment. §. 1415. b. S. 435. fgg.

36) Vita Neronis Cap. XVII.

37) Dieser Ansicht ist auch Glück a. a. O. S. 435. Note 68. und Mühlenbruch im 38sten Th. des Comment. §. 1430. S. 402. Note 73. Vgl. aber auch Note 44.

38) Auf diesen Punkt werde ich in §. 1513. a. zurückkommen.

39) L. 20. D. *de V. S.*

libram die äußere Form der **mancipatio** angewendet wurde. Dunius beruft sich freilich auf den allgemein lautenden Ausdruck „**tabulae**“ bei Sueton, und auf den bei Paulus fehlenden gerade auf Testamente bezüglichen Zusatz **cautum est** u. s. w. Allein Sueton giebt nur eine kurze Relation; seinen Ausdrücken kann daher kein so großes Gewicht beigelegt werden als der ausführlichen Mittheilung des Paulus. Sueton bezieht aber auch den Ausdruck **tabulae** gerade dadurch auf Contractsurkunden, daß er in dem folgenden Satze von Testamenten redet, und dadurch **tabulae** und **testamenta** in Gegensatz bringt. Er hat ferner offenbar zwei verschiedene Senatsconsulte im Sinne [40]) wie er auch in den auf die obigen Worte unmittelbar folgenden Sätzen eine Reihe anderer rechtlicher Bestimmungen anführt, welche wir offenbar nicht einem einzigen Senatusconsulte zuschreiben können. Nach den Worten des Senatusconsultes „**adhibitis testibus**“ erscheint ferner die Zuziehung von 2 Zeugen als genügend [41]); eben deshalb kann dasselbe aber nicht auf Testamente, welche die Zuziehung von 7 Zeugen verlangen, bezogen werden. Endlich finden wir aber auch in unseren Quellen mehrere Entscheidungen über die Form der Testamente, welche ganz entschieden nicht mit der in dem obigen Senatsconsulte vorgeschriebenen Form übereinstimmen [42]), abgesehen davon, daß wir

40) Dies hat bereits F. A. Schilling in den Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte Leipzig 1829. S. 323. fg. mit Recht gegen Hugo erinnert, und Glück hat in den Ergänzungen zum 34sten Th. S. 480. a. E. diese Ansicht wenigstens für sehr wahrscheinlich erklärt.

41) **L.** 12. **D.** *de testibus* (**XXII.** 5.)

42) Vgl. **L.** 1. **§.** 10. **§.** 11. **D.** *de b. p. s. t.* (**XXXVII. 11.**) **L.** 22. **§.** 7. **D.** *qui testam.* (**XXVIII. 1.**)

bei Testamenten nirgends eine Spur von der exterior scriptura finden, welche die Geheimhaltung eines Testamentes geradezu vereiteln würde[43]). Wenn wir demnach das erwähnte Senatusconsult nicht einmal auf Testamente beziehen können, so ist noch um so weniger eine Ausdehnung auf Codicille statthaft[44]), da diese nicht die geringste äußere Aehnlichkeit mit Contracten darbieten, weil bei ihnen von einer familiae mancipatio natürlich keine Rede sein konnte. Dunius findet indessen eine vollkommene Bestätigung seiner Ansicht in folgender Stelle aus Scävola's 20sten Buche der Digesten[45]):

> **Propositum est non habentem liberos nec cognatos, in discrimine vitae constitutum per infirmitatem, arcessitis amicis, Gajo Sejo contubernali[46]) dixisse, quod vellet ei relinquere**

43) Das im Texte Angeführte ist sehr richtig bereits von Bachofen a. a. O. S. 283. fgg. bemerkt. Das gedachte Senatsconsult bezog sich übrigens augenscheinlich nur auf **tabulae ceratae**. S. Glück im 34sten Th. des Comment. §. 1415. b. S. 459. und Mühlenbruch in der Note 37. angeführten Stelle.

44) Gegen eine solche hat sich auch Mühlenbruch a. a. O. vorläufig bereits mit Recht erklärt.

45) **L. 39. §. 1. D.** *de leg. III.*

46) Die *Glossa Accurs.* **Propositum** und VIVIANUS **in casu ad h. L.** schließen aus diesem Ausdrucke, daß der Erblasser Soldat gewesen sei. Der Ausdruck: **contubernalis** soll indessen hier wohl nur im weiteren Sinne einen Hausgenossen und Hausfreund bezeichnen (vgl. FORCELLINI **Lexicon s. v. contubernalis**). Für die Entscheidung des Falles war es übrigens nach damaligem Rechte ganz gleichgültig, ob der Erblasser Soldat gewesen war oder nicht.

praedia, quae nominasset, eaque dicta in testationem Gajum Sejum redegisse, etiam ipso testatore[47]) interrogato an ea dixisset, et responso ejus tali: μάλιστα inserto. Quaesitum est, an praedia, quae destinata essent, ex causa fideicommissi ad Gajum Sejum pertinerent? Respondit: super hoc nec dubitandum esse, quin fideicommissum valet (l. valeat).

indem er die hier erwähnte testatio für den Act der Versiegelung durch Zeugen erklärt. Allein seiner Ansicht stehen folgende Gründe entgegen. Erstens läßt sich überall nicht beweisen, daß zu jeder testatio eine Versiegelung nothwendig gewesen sei[48]); zweitens wäre

47) Da in der Anfrage nicht erwähnt ist, daß der Verstorbene ein Testament hinterlassen habe, so muß man annehmen, daß er ab intestato gestorben ist. Nur unter dieser Voraussetzung werden auch die Worte: non habentem liberos nec cognatos von Bedeutung, indem dann dadurch angedeutet werden sollte, daß der Erblasser ohne successionsberechtigte Verwandte verstorben, und daher der Fiscus zur Succession berufen sei. Denn hätte der Verstorbene eine zur Succession berechtigte Wittwe hinterlassen, so wäre dies ohne Zweifel in der Anfrage hervorgehoben. Der Ausdruck testator bezeichnet daher hier wie z. B. in §. ult. J. *de fideicommiss. heredit.* (II. 23.) im weiteren Sinne Jemanden der eine letztwillige Verfügung, nicht gerade ein Testament, errichtet. Vgl. auch L. 1. C. Th. *de testam. et codic.* (IV. 4.)

48) So wird z. B. in L. 9. §. 3. D. *ad leg. Corn. de falsis* (XLVIII. 10.) gerade eine zu versiegelnde Urkunde einer testatio entgegengesetzt. Auch wird eine testatio öfters erwähnt, wo es auf das öffentliche Bekanntwerden des Inhaltes einer Urkunde ankommt, wo

aus der Beobachtung dieser Form in einem einzelnen Falle noch keineswegs ohne weiteres auf die Nothwendigkeit dieser Form zu schließen[49]), und endlich drittens ist das hier errichtete Fideicommiß, was Dunius ganz entgangen ist, im juristischen Sinne kein schriftliches sondern ein mündliches, und zwar ein solches was in der Kunstsprache der Neueren ein **fideicommissum nuncupativum in scripturam redactum** zu nennen wäre[50]). Denn der Erblasser selbst hat seinen letzten Willen den versammelten Zeugen mündlich eröffnet; damit war das Fideicommiß im juristischen Sinne errichtet. Daß der Honorirte darauf über den ganzen Vorgang einen schriftlichen Aufsatz entworfen und denselben von den anwesenden Zeugen hat unterschreiben lassen (**in testationem redegit**) ist ein ganz außerwesentliches Moment, weil hiezu weder ein Auftrag noch die nachfolgende specielle Genehmigung des Erlassers vorlag, indem aus der Antwort: μάλιστα natürlich der Wille des Erblassers, letztwillig zum zweiten Male und nunmehr schriftlich zu verfügen, nicht abgeleitet werden kann. Denn läge hier ein schriftliches Fideicommiß vor, so wäre dasselbe wegen des **S. C. Libonianum** nichtig[51]), weil der Honorirte

also eine Versiegelung geradezu zweckwidrig wäre. Vgl. z. B. **L.** 22. pr. **D.** *quibus ex causis majores* (IV. 6.) **L.** 2. **D.** *de nautico foenore* (**XXII.** 2.)

49) Denn daß ein Versiegeln des Codicills nicht selten vorgekommen sei, habe ich selbst bei Note 11. und 12. oben eingeräumt.

50) Es ist dies meines Wissens das älteste mündliche Fideicommiß, von welchem wir Kunde haben. — Ueber das s. g. **testamentum nuncupativum in scripturam redactum** vgl. den 33sten Th. des Comment. §. 1401. S. 331. fgg.

51) Siehe darüber §. 1511. b. S. 222. Note 90. Denn

selbst das zu seinen Gunsten gereichende Fideicommiß niedergeschrieben hatte. Das Verhältniß dieses Falles zu dem **S. C. Libonianum** war augenscheinlich die Veranlassung der ganzen Anfrage, wenn nicht etwa der Anfragende auch noch darüber im Zweifel war: ob dem in bona vacantia succedirenden Fiscus ein Fideicommiß auferlegt werden könne [52])? Diese Hauptmomente sind freilich von allen bisherigen Erklärern der Stelle völlig übersehen [53]).

daß das **S. C. Libonianum** sich auch auf Fideicommisse, so wie überhaupt auf alle Arten von Codicillarverfügungen, von Anfang an und resp. durch Interpretation erstreckte, muß als ausgemacht angesehen werden. **L. 1. §. 7. L. 15. §. 2. L. 22. §. 6. D.** *ad leg. Corneliam de falsis* **(XLVIII. 10.) L. 2. C.** *de his qui sibi adscribunt* **(IX. 23.)**

52) Siehe oben S. 320. Note 33.

53) *Jac.* CUJACIUS Consult. 36. (in Opp: T. I. p. 392.) und *Athanasius* OTEYZA et OLANO Paralipom. et Elect. jur. civ. Lib. II. cap. 2. nr. 8. 9. (in MEERMAN Thes. jur. civ. T. I. p. 430) setzen den Zweifelsgrund darin, daß das Fideicommiß nur durch Antwort auf eine Frage errichtet sei. DUNIUS l. c. Westphal a. a. O. §. 378. S. 307. fg. Mühlenbruch im 42. Th. des Comment. §. 1473. S. 18. fgg. meinen, der Anfragende habe daran Anstoß genommen, daß die Worte: quod vellet ei relinquere praedia, wie sich Westphal ausdrückt „nur einen Vorsatz einer künftigen Verordnung" enthielten. **Ant.* FABER Conject. jur. civ. Lib. 14. cap. 1. nimmt deshalb einen Tribonanismus an, indem er den Compilatoren Schuld giebt, daß sie, weil nach L. 2. C. *communia de legatis* die Formel des Vermächtnisses gleichgültig sei, dem Juristen eine andere Entscheidung untergeschoben hätten, indem sie den bloßen Vorsatz eines künftigen Vermächtnisses mit einem wirk-

Dunius beruft sich sodann weiter auf ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian[54]), in welchem gesagt wird: **Et in epistola vel libello vel sine scriptura immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus nulla dubitatio est,** und nennt die Interpretation von J. H. Böhmer, welcher die Worte **adhibitis testibus** nur auf den letzten Theil der Stelle, also nicht mit auf das schriftliche Fideicommiß beziehen will, eine **insipida interpretatio.** Allein vergleicht man hiermit nur alle übrigen in unseren Quellen vorkommenden Aussprüche über die Formlosigkeit der Fideicommisse[55]), so muß man nothgedrungen entweder eine Interpolation dieses Rescriptes annehmen[56]), oder dasselbe

lichen gegenwärtigen Vermächtnisse verwechselt hätten. Hiergegen hat sich mit Recht *Osw.* HILLIGER Donellus enucleatus Lib. 8. cap. 3. lit. F. erklärt. *Ferd.* de RETES Excurs. analect. Lib. 3. exc. 5. illat. 1. (in OTTO Thes. jur. civ. T. V. p. 1262.) will den ganzen Vorgang mehr als eine donatio simplex denn als eine ultima voluntas auffassen. *Cyprianus* REGNERUS ab OOSTERGA Disput. jurid. ad Pand. T. II. p. 27. sieht in der Antwort: μάλιστα eine spezielle Genehmigung der Urkunde, und *Corn.* v. BYNKERSHOEK ist durch unsere Stelle gar zu der bereits von Mühlenbruch a. a. O. abgefertigten abentheuerlichen Idee eines formlosen Testamentes nach jus gentium in Ermangelung von Intestaterben verleitet.

54) L. 22. C. *de fideicommissis* (VI. 42.) Vgl. **J. M.* HALLUNG Disp. ad L. 22. C. *de fideicommissis* Lugd. Bat. 1729.

55) L. 21. pr. D. *de leg. III.* L. 5. C. *ad S. C. Trebell.* (VI. 49.) L. 5. §. 1. i. f. D. *de re judic.* (XLII. 1.) vgl. mit ULPIANI *Fragm.* Tit. XXV. §. 3.

56) Dies hat z. B. Mühlenbruch in der S. 347. Note 37. angeführten Stelle angenommen.

durch Interpretation so zu erklären suchen, daß es mit dem Grundsatze der Formlosigkeit der Fideicommisse nicht in Widerspruch geräth. Gegen eine Interpolation spricht aber der Umstand, daß alle die übrigen in Note 55. angeführten Beweisstellen nicht interpolirt sind, so wie insbesondere, daß die Interpolation geradezu unrichtig wäre, indem nach den Worten **adhibitis testibus** zwei Zeugen genügen würden, während nach dem neueren Rechte zu dem Codicille 5 Zeugen nothwendig sind. Richtiger erklärt man daher die Fassung des Rescriptes daraus, daß die Kaiser über einen Fall wo ein schriftliches oder ein mündliches Fideicommiß[57]) vor Zeugen errichtet war, zu respondiren hatten und sich daher über die sonstigen möglichen Eventualitäten der Errichtung eines schriftlichen Fideicommisses ohne Zeugen, der mündlichen Errichtung vor dem Honorirten, oder vor dem Onerirten allein u. s. w. gar nicht auszulassen brauchten.

So wenig es nun nach dem Bisherigen dem Dunius gelungen ist seine Ansicht positiv zu begründen, eben so wenig ist es ihm geglückt, die oben angeführten Beweisstellen für die diesseitige Ansicht zu beseitigen. Die Entscheidung des Scävola in **L. 89. pr D. de leg. II.** (S. **217.**): **si fides epistolae relictae constaret deberi quae in eam dare se velle significaverit** soll nämlich nach Dunius den Sinn haben: das Fideicommiß wird geschuldet, wenn die **epistola** die durch das **S. C. Neronianum** erforderten Requisite der Beweiskraft an sich trage, d. h. also nach Dunius, wenn sie vor mindestens 2. Zeugen errichtet und von denselben versiegelt sei. Allein

57) Nach dieser Interpretation ist die Untersuchung, ob die Worte **adhibitis testibus** sich auf den ganzen Satz oder nur auf den letzten Theil desselben erstrecken, völlig gleichgültig.

diese Erklärung ist rein unmöglich. Denn die Anfrage bezieht sich auf eine epistola **non** obsignata. Hätte daher Scävola die Versiegelung für nothwendig gehalten, so mußte er die gestellte Frage: an quae epistola continentur, ad filium pertineant geradezu verneinen[58]), anstatt daß er sie bedingungsweise: si fides epistolae relictae constaret, bejahet. Diese bedingte Fassung erklärt sich aber auch wieder höchst einfach aus den Worten der Anfrage, postea epistolam scripsisse **dicitur**, nach welchen der Anfragende die Aechtheit der epistola noch keineswegs anerkannt hatte. Die Aechtheit einer epistola kann aber durch jedes zulässige Beweismittel hergestellt werden[59]).

Gegen die **L. 6. §. 1. D.** *h. t.* (S. 340. fg.) hat Dunius den Einwand erhoben, daß Marcian darin nur das eigenhändige Schreiben und Versiegeln von Seiten des Erblassers nicht für nothwendig erkläre, daß damit aber die Entbehrlichkeit des Versiegelns von Seiten dritter Personen als Zeugen keineswegs ausgesprochen sei, und zwar um so weniger da das Schreiben von Seiten eines Dritten eine nicht in Abrede zu stellende

58) Dunius beruft sich hier zwar auf die Manier des Scävola, lieber de jure als de facto zu respondiren, und citirt dafür auf p. 37. not. b. **L.** 93. **§.** 4. **D.** *de leg. III.* **L.** 7. **L.** 20. **D.** *de instrum. legat.* (XXXIII. 7.) **L.** 29. pr. **D.** *de probatt.* (XXII. 4.) **L.** 29. §. 1. **D.** *de pactis dotalib.* (XXIII. 4.) **L.** 109. **D.** *de condit. et demonstr.* (XXXV. 1.) Allein dies gilt doch nur von den Fällen, wo das Faktum ungewiß war. Dagegen ist Scävola der directen Entscheidung des Factums niemals aus dem Wege gegangen, wo dasselbe ganz klar vorlag.

59) Vgl. **L.** 29. pr. **D.** *de probatt.* (XXII. 4.)

Nothwendigkeit sei. Existirte diese Stelle allein, so würde Dunius nicht ganz Unrecht haben. Allein aus der Vergleichung mit der ganzen bisherigen Beweisführung ergiebt sich als Resultat, daß Marcian sich in dieser Stelle nur nicht haarscharf genau ausgedrückt hat[60]), indem er statt: et ipsius manu neque scribi neque signari necesse est" hätte schreiben sollen: „et neque ipsius manu scribi neque signari necesse est." Mit noch weniger Recht beruft sich aber Dunius endlich darauf, daß auch aus den Worten: tamen valent codicilli licet neque ab eo (d. h. dem Erblasser) signati neque manu ejus scripti fuerint der L. 6. §. 2. D. *h. t.* (S. 217.) wiederum nur die Entbehrlichkeit des eigenhändigen Schreibens und Versiegelns und damit argumento a contrario die Nothwendigkeit dieser Acte durch dritte Personen hervorgehe. Denn Marcian brauchte hier, wo der Erblasser verordnet hatte, daß nur die von ihm eigenhändig geschriebenen und versiegelten Codicille gelten sollten, zu seinem Zwecke nichts weiter anzuführen, als daß das später errichtete Codicill von dem Erblasser eigenhändig weder unterschrieben noch versiegelt war, indem es für die Entscheidung des Falles irrelevant war, ob Zeugen das Codicill versiegelt hatten oder nicht.

Die zweite Streitfrage betrifft den Unterschied zwischen codicilli und epistolae[61]), welcher für so wichtig

60) Eine ähnliche Ungenauigkeit hat sich Marcian auch in L. 6. §. 2. D. *h. t.* zu Schulden kommen lassen. Siehe §. 1511. b. S. 217. Note 79.

61) Ein nicht juristischer Gegensatz zwischen codicilli und epistolae kommt bei SENECA Epist. 55. i. f. vor. Man hat darin häufig den Unterschied zwischen einem Billette an einen Anwesenden (codicilli) und einem Briefe an einen Abwesenden (epistola) erblickt. Allein

gehalten wurde, daß über die epistolae besondere Abhandlungen erschienen[62]). Nachdem man sich in der älteren Zeit vorzugsweise bemüht hatte, recht zahlreiche Unterschiede zwischen diesen beiden Arten der letzten Willenserklärungen aufzustellen[63]), erklärte J. H. Böhmer a. a. O.

codicilli bedeutet hier einen Brief auf einem der mit Wachs überzogenen Schreibtäfelchen (s. oben S. 16) und epistola den Brief auf Papier (charta). Hiermit fällt dann häufig der Unterschied zwischen einem Briefe in der Kladde und in der Reinschrift, oder mit einem schnell oder mit Muße zu schreibenden Briefe zusammen. Dieser nicht juristische Gegensatz liegt auch folgenden Stellen Cicero's zu Grunde: Epp. ad divers. IV. 12. VI. 18. ad Atticum XII. 8. ad Quint. fratr. II. 10. Vgl. FORCELLINI Lexicon tot. latin. s. v. codicillus.

62) *C. A.* SCHILLING de epistola fideicommissaria opusculum, ex principiis juris tum romani tum teutonici, cumprimis hodienum constituti ac recepti, brevissime (d. h. 109. Quartseiten) conscriptum. Martisburgi 1685. *M. D.* GROLMANN (Resp. *G. A.* JNGRAM) Diss. de epistola hominis ultima. Giessae 1707. ed 3. 1783.

63) Vgl. z. B. *Hub.* GIPHANIUS Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis ad L. 8. §. 3. C. de codicill. T. II. p. 131. *Petr.* MUELLER ad STRUVII Syntagm. jur. civ. Exerc. 34. Thes. 68. Ich will hier nur beispielsweise die 7 Unterschiede, welche Grolmann in der Note 62. angeführten Dissertation cap. I. §. 8.—12. p. 13.—20. aufgestellt hat, anführen: 1) eine epistola müsse an Jemanden gerichtet werden; 2) sie müsse stets geschrieben sein; 3) wer geschworen habe kein Codicill zu errichten, könne ohne Meineid doch eine epistola anfertigen, und wer auf das ihm in Codicillen Hinterlassene verzichtet habe, könne nichtsdestoweniger ein Fideicommiß aus einer epistola ein-

beide Ausdrücke für vollkommen synonym[64]), und definirte demnach das Codicill als eine epistola scripta ad heredem de eo quod post mortem suam scribens ab herede fieri vellet, eine Definition, welche von nun an dem Böhmer meistentheils nachgeschrieben wurde[65]). Daß dieselbe indessen eben so viel Fehler wie Glieder enthielt[66]), entging dem Scharfblicke des Dunius nicht.

klagen; 4) ein Codicill könne nicht in Briefform errichtet werden; 5) die statutarische Erlaubniß zur Errichtung eines Codicills für einen sonst Testirunfähigen, umfaße nicht die Erlaubniß zur Errichtung einer epistola; 6) das statutarische Verbot der Errichtung eines Codicills umfaße nicht das Verbot der Errichtung einer epistola; 7) eine beabsichtigte epistola werde nicht als Codicill aufrecht erhalten, wenn die Requisite der epistola fehlten, obgleich die Requisite eines Codicilles vorhanden seien. — Und diese Dissertation hat 3. Auflagen erlebt!

64) Böhmer will dies der erwähnten Dissertation beweisen 1) durch die grammatische Bedeutung des Wortes codicilli in den Note 61. angeführten Beweisstellen (Cap. I. §. 3.); 2) aus der in pr. J. *h. t.* referirten Entstehung der Codicille (§. 5.); 3) daraus, daß die Ausdrücke codicilli und epistolae in L. 89. pr. D. *de leg. II.* (S. 217.) und L. 41. §. 2. D. *de leg. III.* (S. 359. fgg.) gleichbedeutend gebraucht werden (§. 6.); 4) aus der Redeweise: codicillos ad heredem scribere u. s. w. (s. oben Note 24. und 25. S. 344. (§. 9.); endlich 5) aus dem Umstande, daß Codicille in Briefform vorkommen (§. 10.)

65) Sie findet sich z. B. noch fast unverändert bei **Danz** de externa codic. forma §. 3. p. 13.

66) Denn 1) nicht jedes Codicill ist eine epistola; 2) dasselbe braucht an Niemanden, und daher auch nicht an den Erben gerichtet zu werden; 3) in demselben können

Allein auch er verfehlte das richtige Ziel, indem er in dem Gegensatze zwischen **codicilli** und **epistolae** den Gegensatz zwischen bestätigten und unbestätigten **resp.** Intestatcodicillen, oder wie er an einer andern Stelle sich ausdrückt, zwischen Codicillarverfügungen **directis** und **fideicommissariis verbis** zu erblicken glaubte [67]), und deshalb in dem Register geradezu sagt: **epistolarum nomine veteres proprie significabant codicillos non confirmatos.** Zur Rechtfertigung dieser Behauptung hätte er nun den Beweis liefern müssen, daß ein unbestätigtes Codicill ohne Briefform wenigstens irgend einmal eine **epistola** genannt sei, und daß man ein bestätigtes Codicill in Briefform nicht eine **epistola** nennen könne und dürfe. Allein keiner von diesen beiden Beweisen ist ihm geglückt. Für den ersten hat er sich zwar auf zwei Beweisstellen berufen, nämlich auf **L. 41. §. 2. D.** *de leg. III.* aus Scävola's 22sten Buche der Digesten und auf **L. 11. §. 2. D.** *de b. p. s. t.* **(XXXVII. 11.)** aus Papinians **lib. 13. quaestionum.** Die erste Stelle lautet nach der Florentina folgendermaaßen: **Codicillis confirmatis ita cavit:** *Omnibus autem libertis*

auch andere letztwillige Verfügungen, als gerade Belastungen des Erben angeordnet werden. — Uebrigens räumt auch Böhmer selbst in §. 13. ein, daß das Codicill später auch an einen Legatar oder Fideicommissar hätte gerichtet werden dürfen.

67) Comment. Cap. I. §. X. nr. XVIII. XIX., und zu §. 6. der Böhmerschen Dissertation p. 217. a. — Uebrigens sind die hier von Dunius unterstellten zwei Gegensätze keineswegs identisch, indem Fideicommisse natürlich auch in einem bestätigten Codicille angeordnet werden konnten, vgl. z. B. **L. 35. §. 3. D.** *de leg. III.* **L. 18. pr. D.** *de annuis legatis* **(XXXIII. 1.)**, so daß schon hierin eine Unrichtigkeit enthalten ist.

meis et quos vivus et quos his codicillis manumisi vel postea manumisero, contubernales suas[68]) *item filios filias lego, nisi si quos quasve ad uxorem meam testamento pertinere volui vel ei nominatim legavi legavero.* Idem postea [69]) petiit ab heredibus suis, ut regionem Umbriae Tusciae Piceno coheredes [70]) uxori suae restituerent cum omnibus quae ibi erunt et mancipiis rusticis vel urbanis et actoribus, exceptis manumissis. Quaesitum est, cum Eros et Stichus servi in diem vitae testatoris in Umbria in Piceno actum administraverint, sint autem Damae [71]), quem testator vivus manumiserat, filii naturales, utrum eidem Damae ex verbis codicilli ab heredibus praestandi sint,

68) Hal.: suos. Allein die Lesart der Florentina ist unbedingt vorzuziehen, da unter den contubernales servorum die mit den Sklaven in einer Sklavenehe (contubernium) lebenden Frauen zu verstehen sind, welches meistentheils und so auch in dem begutachteten Rechtsfalle Sklavinnen waren. Vgl. L. 31. §. 1. D. *de statuliberis* (XL. 7.) L. 12. §. 33. D. *de instr. vel instrum. leg.* (XXXIII. 7.) und *Ant.* Augustinus Emend. Lib. III. cap. 2. (in Otto Thes. jur. rom. T. IV. p. 1502.)

69) In der Gebauerschen Ausgabe des corp. jur. wird hierbei bemerkt: Hal. et Vulg. inserunt: *epistola*. Br.“ In den 3. ältesten gedruckten Ausgaben des Infortiatum aus dem 15ten Jahrhundert, welche sich auf der hiesigen Bibliothek befinden (vgl. S. 60. Note 61.), folgen hier die zwei Worte: in epistola.

70) Haloander liest: ut regionem Umbriae in Piceno coheredi. Brenkmann im Gebauerschen corp. jur. will das Wort coheredes in cohaerentem verwandeln.

71) Damae ist nicht mit der Gloss. Accurs. Damae als Dativ, sondern offenbar als Genitiv aufzufassen.

an vero ad Sejam uxorem ex verbis epistolae pertineant? Respondit ex codicillis ad patrem eos naturalem pietatis intuitu[72]) pertinere. Allein diese Stelle verliert durch die in Note 69. bemerkte Verschiedenheit der Lesarten alle Beweiskraft. Denn ziehen wir die Lesart der Vulgathandschriften vor, so wird hier das in Briefform abgefaßte Codicill mit dem Fideicommisse eine epistola, und das nicht in Briefform abgefaßte mit dem Legate, ganz in Gemäßheit der oben entwickelten Grundsätze, ein Codicill genannt. Wollten wir aber auch der Lesart der Florentina den Vorzug geben, so wäre dennoch der Beweis, wie ihn Dunius führen mußte, nicht erbracht, weil uns hier die Originalworte der zweiten Codicillardisposition gar nicht mitgetheilt sind, und wir deshalb auch die Behauptung nicht aufstellen können, daß die Urkunde, welche in der Anfrage selbst eine epistola genannt wird, nicht in Briefform abgefaßt worden sei. Wo möglich noch unglücklicher ist die zweite Beweis-

72) *Jac.* Cujacius ad h. L. in Opp. Append. p. 864. (ed. Fabrott. Lutet. Paris. 1658.) behauptet: „hanc rationem esse coloratam et supposititiam et insertam quasi necessariam a compilatore“ weil der Fall schon deshalb so zu entscheiden sei „quia nominatim filios non legavit uxori sicut prius dixerat.“ Allein das Eigenthümliche des Falles liegt darin, daß die Sklaven Eros und Stichus nach dem Wortlaute der beiden Vermächtnisse eben so gut von der Wittwe des Erblassers, als von ihrem natürlichen Vater Dama in Anspruch genommen werden können. Nach allgemeinen Grundsätzen würde daher die Wittwe vorgehen, weil sie sich auf die novissima voluntas berufen kann. (Vgl. S. 88. Note 28.) Scävola entscheidet aber, nach dem muthmaaßlichen Willen des Erblassers, pietatis intuitu, zu Gunsten des Dama.

stelle[73]) gewählt. Papinian bemerkt hier, daß wenn der Erblasser sich nach Errichtung des Testamentes arrogiren lasse, und später als homo sui juris versterbe, dem eingesetzten Erben die exceptio doli opponirt werde. **Plane**, fährt er aber fort, **si sui juris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, judicio recenti redisse intelligitur.** Denn daß Papinian hier unter den Worten **codicillis** ein bestätigtes, und unter den Worten **aliis litteris** ein unbestätigtes Codicill verstanden habe, ist Dunius natürlich nicht im Stande durch irgend etwas zu motiviren. Der wahre Sinn dieser Worte ist ihm vielmehr ganz und gar entgangen. Papinian will nämlich den Gedanken ausdrücken, daß die erwähnte **exceptio doli** hinwegfalle, wenn der Erblasser, nach erlangter Selbständigkeit, seinen Willen, daß das Testament gelten solle, an den Tag gelegt hat. Dies kann nun entweder dadurch geschehen, daß der Erblasser ein Codicill mit sonstigen letztwilligen Anordnungen, als Nachtrag zu seinem Testamente[74]) errichtet, wobei es gleichgültig ist, ob das Codicill zu den bestätigten oder unbestätigten gehört, oder daß er in einer andern Urkunde (**aliis litteris**)[75]), ohne sonstige letztwillige codicil-

73) Ueber diese **L. 11. §. 2. D.** *de b. p. s. t.* (**XXXVII. 11.**) vgl. die literarischen Nachweisungen auf S. 64. Note 71.

74) Wenn in der Abfassung dieses Codicilles eine Bestätigung des früheren Testamentes gefunden werden soll, so muß natürlich die Absicht des Erblassers, daß dieses Codicill gerade als Nachtrag des früheren Testamentes gelten soll, speciell nachgewiesen werden.

75) Wegen dieses Ausdruckes ist die obige Stelle häufig mit **L. 1. C.** *h. t.* (S. 107.) zusammengestellt, wo auch **litterae** erwähnt werden, **quibus praecedens**

larische Dispositionen, nur seinen Willen der Aufrechterhaltung des Testamentes an den Tag legt. So liegt also hier keineswegs, wie Dunius annimmt, ein Gegensatz zwischen bestätigten und unbestätigten Codicillen, sondern ein Gegensatz zwischen bestätigten oder unbestätigten Codicillen auf der einen Seite, und sonstigen schriftlichen auf Erhaltung des Testamentes gerichteten Erklärungen auf der anderen Seite vor[76].

Den zweiten Beweis hat Dunius direct nicht führen können. Er beruft sich indessen darauf, daß die in Rede stehende epistola in den S. 343. Note 19. angeführten Stellen eine epistola fideicommissaria genannt, und daß nirgends ein in einer epistola ausgesetztes Legat erwähnt werde. Allein da der Ausdruck epistola ganz allgemein für jede in Briefform eingekleidete Erklärung, namentlich auch für eine in Briefform abgefaßte Contractsurkunde[77]) gebraucht wird, so muß damit auch

judicium confirmavit (sc. pater pupillorum.) Allein in der letzteren Stelle erscheinen die litterae als ein Intestat-Codicill, in Folge dessen die Intestaterben den Inhalt des rumpirten Testamentes vi fideicommissi zu erfüllen verpflichtet sind, während in der obigen Stelle die testamentarische Erbfolge eintritt, und die litterae nicht als Codicill, sondern nur als eine die exceptio doli ausschließende Willenserklärung in Betracht kommen.

76) Ueber die Frage: ob in diesem Falle nicht auch eine mündliche Erklärung genüge, und ob dabei heutzutage die gewöhnliche Codicillarform nothwendig sei vergl. §. 1513. g.

77) So wird z. B. eine epistola als eine Contractsurkunde über ein constitutum in L. 24. D. *de constituta pecunia* (XIII. 7.), als Verpfändungsurkunde in L. 34. §. 1. D. *de pignor.* (XX. 1.), als Stipulations-

jedes in Briefform aufgenommene Rechtsgeschäft bezeichnet werden können, wenn wir auch nicht gerade für alle einzelnen Fälle specielle Belege in den uns erhaltenen Rechtsquellen nachzuweisen im Stande sind[78]). Aus dem

urkunde in **L.** 134. §. 2. **D.** *de V. O.* (**XLV.** 1.) **L.** 1. **C.** *de contrah. stipul.* (VIII. 38.) erwähnt. Ueber die Sitte dieser epistolae, und insbesondere über die Bedeutung der epistola inter praesentes emissa vgl. Liebe die Stipulation. (Braunschweig 1840.) §. 3. S. 21—24.

78) In den beiden S. 357. Note 62. citirten Dissertationen wird auch die Ansicht, daß Legate in einer epistola hinterlassen werden können, vertheidigt. Den daselbst citirten Stellen kann ich indessen keine Beweiskraft beilegen. Grolmann Cap. III. §. 1. citirt: **L.** 22. **C.** *de fideic.* (S. 353.) **L.** 1. **C.** *de codic.* (S. 107.) **L.** 75. pr. **D.** *ad S. C. Trebell.* (**XXXVI.** 1.) **L.** 89. (ult.) pr. **D.** *de leg. II.* und **L.** 38. **D.** *de condit. et demonstrat* (**XXXV.** 1.) Allein die 4. ersten Stellen handeln ganz entschieden nur von Fideicommissen; in **L.** 38. cit. kommt zwar eine Beziehung zwischen einem legatum und einer epistola vor, allein im juristischen Sinne ist hier das Legat doch im Testamente und nicht in der epistola constituirt. Vgl. die in §. 1513. f. folgende Erklärung dieser Stelle. — Schilling l. c. unterscheidet in Pars general. §. 9. p. 9. Pars special. Cap. VI. §. 9. p. 108. zwischen einer epistola fideicommissaria, legataria, codicillaris und mortis causa donataria, hütet sich aber wohl genauer auf den (rein fingirten) Unterschied zwischen der epistola fideicommissaria resp. legataria und der epistola codicillaris einzugehen. Als Beweisstellen für die Existenz der epistola legataria citirt er: **L.** 78. §. 1. **D.** *de leg. III.* **L.** 30. §. ult. **D.** *de adim. legat.* (**XXXIV.** 4.) Allein

zweimal vorkommenden Prädicate: epistola fideicommissaria folgt aber natürlich nur, aß eine solche epistola so genannt werden kann, wenn darin ein Fideicommiß ausgesetzt ist, keineswegs aber daß darin nur Fideicommisse und nicht Legate, insofern dem Testamente die confirmatorische Clausel hinzugefügt war, hätten ausgesetzt werden können, indem bei dem Ausdrucke epistola in unserem Sinne, wie schon *Guido* Pancirolus[79]) ganz richtig ausgeführt hat, nur die Briefform entscheidet, ohne Unterschied, ob darin Fideicommisse, Legate oder sonstige letztwillige Anordnungen getroffen worden sind.

In der zweiten Periode wird nun das bisher formlose Codicill zu einer solennen letzten Willenserklärung erhoben. Den Anfang dieser bedeutsamen Umwandlung machte der Kaiser Constantin der Große im J. 326. mit den Intestatcodicillen durch folgende Verordnung[80]):

in der ersten Stelle ist nach der darin mitgetheilten Formel des Vermächtnisses ein Fideicommiß ausgesetzt; die Worte: legandis, legatum, legatarius sind daher in dem allgemeinen Sinne von: vermachen u. s. w. aufzufassen, gerade wie in L. 43. D. *de act. emti* (XIX. 1.) eine Fideicommissarin legataria genannt, und in L. 41. §. 6. D. *de leg. III.* der Ausdruck legare per fideicommissum gebraucht wird. In der zweiten Stelle ist aber das in der epistola hinterlassene Vermächtniß gleichfalls ein Fideicommiß, mit welchem ein früher im Testamente oder in einem bestätigten Codicille ausgesetztes Legat belastet war.

79) Thesaur. variar. lect. Lib. I. cap. 29. (in Heineccius Jurisprud. Rom. et Attica. T. II. p. 965. sq.)

80) L. 1. C. Th. *de testam. et codic.* (IV. 4.) Die Ansicht des *Jac.* Gothofredus, welcher diese Constitution dem Sohne Constantins, dem Constan-

Imp. Constantinus A. et Constantius Caesar.. Pf. U. — In codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque interventum non deesse oportet: sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod et in ceteris voluntatibus placuit observari. Dat. XI. Kal. Jan. Constantino A. VII. et Constantio Caes. Coss. (326.)

Diese Constitution ist deshalb so wichtig, weil wir darin zuerst den Grundgedanken, welcher sich durch die ganze nachfolgende Legislation hindurchzieht, nämlich die Uebertragung der Testamentsformalitäten auf die Codicille, ausgesprochen finden. Denn die Absicht des Kaisers bei der vorliegenden Constitution war entschieden keine andere, als die Beobachtung der bei der Errichtung von Testamenten nothwendigen Formalitäten in Zukunft auch für die Intestatcodicille[81]) vorzuschreiben[82]).

tius zuschreibt, und dieselbe ins Jahr 354. verlegt, ist im Texte bei Note 93. unten widerlegt.

81) Denn mit dem Ausdrucke: **codicilli quos testamentum non praecedit** sind die Intestatcodicille gemeint. Vgl. §. 1511. a. S. 162. und die westgothische Interpretation dieser Verordnung auf S. 371. — Völlig unrichtig beziehen daher Hugo römische Rechtsgeschichte 11. Aufl. S. 289. v. Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der römischen Kaiser von Constantin I. bis Theodosius II. (Wetzlar 1811.) S. 14. Note 11. Marezoll in Grolman und Löhr's Magazin 4. Bd. S. 164. Stöckhardt Tafeln der Geschichte des römischen Rechts. (Leipzig 1828.) S. 61. Puchta Cursus der Institu-

Der Kaiser sagt dies allerdings nicht ausdrücklich in der eben gewählten Fassung, er hebt vielmehr nur das eine Moment der Testamentsformalitäten, nämlich die Nothwendigkeit der Gegenwart von 7. oder 5. Zeugen hervor[83]), und man könnte darauf möglicherweise den Schluß bauen, daß es auf die Beobachtung der sonstigen Testamentsformalitäten, Rogation der Zeugen, Einheit des Actes u. s. w. gar nicht ankomme, daß hier also insofern von dem Kaiser eine neue Form für die Intestatcodicille geschaffen sei. Allein diese Auffassung muß geradezu eine unmögliche genannt werden, denn der Kaiser sagt ja ausdrücklich: in codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque interventum non deesse oportet. Die Zeugen sollen also bei den Intestatcodicillen gerade auf die nämliche Weise interveniren, wie bei den Testamenten; es muß also hinsichtlich ihrer alles das beobachtet werden, was bei den Testamenten beobachtet wird. Diese reine Uebertragung der Testamentsformalitäten auf die Intestatcodicille verliert auch

tionen 3. Th. §. 304. S. 304., diese Constitution auf die unbestätigten Codicille, und noch unrichtiger drücken sich Marezoll im Lehrbuche der Institutionen §. 222. und Burchardi Lehrbuch des römischen Rechts 2. Th. 4. Abth. (Stuttgardt 1847.) §. 321. S. 1036. so aus, als wenn die Constitution die qu. Formalitäten für alle Codicille vorgeschrieben habe.

82) Am besten ist dies von Danz in der S. 339. Note 1. citirten Dissertation nachgewiesen, obgleich derselbe hinsichtlich des S. 375. berührten Punktes offenbar zu weit gegangen ist.

83) Ueber die Bedeutung dieser Zahlen vgl. die genaueren Ausführungen auf S. 375.

alles auffallende, sobald man sich nur an die große Aehnlichkeit zwischen Testament und Intestatcodicill, wie sie oben in §. 1511. d. (S. 305. fgg.) genauer dargelegt worden ist erinnert, und daneben noch erwägt, daß auch schon nach dem früheren Rechte in Folge der Codicillarclausel gewiß nicht selten letzte Willenserklärungen als Intestatcodicille ins Leben traten, bei welchen die Testamentsformalitäten beobachtet worden waren, welche aber wegen Hinwegfallen der eingesetzten Erben u. s. w. als Testamente nicht realisirt werden konnten[84]). Was in diesen bisherigen Fällen nur Zufall gewesen war, wurde jetzt durch Constantin zur Nothwendigkeit erhoben. Jedes Intestatcodicill sollte in Zukunft in der Form des Testamentes auftreten, und in den Schlußworten: **Quod et in ceteris voluntatibus placuit observari** wurde dies dann ganz consequent auch für die übrigen letzten Willenserklärungen **ab intestato** durch Worte oder Zeichen, welche unter den **ceterae voluntates** im Gegensatze zu dem **instrumentum codicilli** zu verstehen sind[85]), vorge-

84) Dies ist sehr gut bemerkt von Danz a. a. O. p. 23. sq.

85) Diese Beziehung der angeführten Worte ist bisher ganz übersehen worden. *Jac.* GOTHOFREDUS commentar. in Cod. Theod. ad h. L. (ed. RITTER T. I. p. 376. not. h.) und *Em.* DUNIUS l. c. p. 132. verstehen unter der ceterae voluntates die epistolae im Gegensatze zu den codicilli, offenbar nur weil in der nachfolgenden L. 2. C. Th. *h. t.* codicilli et epistolae erwähnt werden. Bachofen a. a. O. S. 286. fg. bezieht sie auf die Testamente, resp. eine frühere Testamentsconstitution des Kaisers Constantin, von welcher in Note 13. der folgenden Centurie noch genauer die Rede sein wird. Allein wenn man bedenkt, daß codicilli im damaligen Sprachgebrauche nur eine Urkunde bedeutete (vgl. die Ausführungen im Texte

schrieben. Gegen diese Auffassung ist zwar mehrfach und zuletzt noch von Bachofen[86]) geltend gemacht, daß der Kaiser vermöge der Worte: sic enim fiet, ut testantium[87]) successiones sine aliqua captione serventur nur für die möglichste Sicherheit der codicillarischen Verfügung habe sorgen wollen, und daß dazu nicht sowohl die Uebertragung des feierlichen Testamentactes als vielmehr die Zuziehung einer Anzahl unverdächtiger Zeugen das geeignete Mittel gewesen, daß mithin der die ganze Gesetzgebung beherrschende Gesichtspunkt rein materieller und nicht formeller Natur gewesen sei[88]). Allein die

hinter Note 82. der folgenden Centurie), daß in der Constitution ausdrücklich von instrumentum codicilli geredet wird, daß es mehr als inconsequent wäre, für die schriftlichen letzten Willenserklärungen ab intestato die Zuziehung von 7. oder 5. Solennitäts-Zeugen zu verlangen, für die mündlichen aber einen vollen Beweis durch 2. (Beweis-) Zeugen zuzulassen, daß endlich in der späteren Constitution von Theodosius II. in der L. 7. §. 2. C. Th. *h. t.* (siehe unten bei Note 24. der folgenden Centurie) ausdrücklich der Gegensatz zwischen den schriftlichen und mündlichen letzten Willenserklärungen vorkommt, so wird man die Nothwendigkeit der diesseitigen Interpretation gewiß einräumen.

86) in der S. 339. Note 1. angeführten Schrift S. 318. fgg.

87) Testari ist hier in dem allgemeinen Sinne von letztwillig verfügen zu nehmen. Vgl. S. 350. Note 47.

88) Bachofen beruft sich zum Beweise noch darauf, daß wir bei Codicillen keine Nuncupation, keine feierliche Signation, keine solenne subscriptio, mit einem Worte keine solennitas ordinationis, deshalb auch keine Einheit der Handlung, wohl aber die Möglichkeit mehrerer Codicille neben einander anträfen. Diese Einzelnheiten kann ich natürlich erst an den betreffenden Orten be-

Testamentsformalitäten verfolgen ja keinen andern Zweck, als für die möglichste Sicherheit der letzten Willenserklärung zu sorgen, indem dem Erblasser dadurch der Ernst und die Wichtigkeit des vorzunehmenden Actes eindringlich zu Gemüthe geführt, und sein ausgesprochener Wille so viel als möglich vor Mißverständnissen, Entstellungen und Verfälschungen bewahrt werden soll [89]). Wenn daher der Kaiser in dem ersten Satze der Constitution die Testamentsform für die Intestatcodicille vorschreibt, und in dem zweiten Satze als den Zweck seiner Verfügung die Sorge für die getreue Realisirung des unverfälschten letzten Willens angiebt, so ist hier Alles in der vollkommensten Harmonie, während dem Kaiser die Verweisung auf die Testamente zum größten Vorwurfe gereichen würde, wenn er eine neue Form für die Intestatcodicille hätte einführen wollen.

Für die Richtigkeit der diesseitigen Auffassung kann außerdem noch ein Zeugniß aus der vorjustinianeischen Praxis, nämlich die westgothische Interpretation [90]) der Constantinischen Verordnung angeführt werden, welcher in diesem Falle allerdings eine bedeutende Beweiskraft einzuräumen ist, da es sich hier um die praktische Be-

sprechen. Vgl. Note 13. der folgenden Centurie a. E. Note 73. §. 1513. b. und c.

89) Dies ist auch ausdrücklich in **L. ult. (32.) C. de fideicommissis (VI. 42.)** in den Worten: „**lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur**“ ausgesprochen.

90) Das s. g. **Breviarium Alaricianum** mit der westgothischen Interpretation ist bekanntlich im J. 506. publicirt.

handlung eines damals unstreitig sehr häufig zur Anwendung gekommenen Rechtsinstitutes handelt. Die Worte derselben lauten nämlich folgendermaaßen:

Si quis non fecerit testamentum, sed vice testamenti[91]) fecerit codicillum, in quo codicillo legitima[92]) heredis institutio teneatur, et hunc ipsum eodem numero testium, hoc est septem aut quinque subscriptionibus faciat confirmari: si minus quam quinque valere non poterit, sicuti et ceterae voluntates. Nam secundum superiorem legem, si condito testamento postea factus fuerit codicillus, et in eo alium, quam in testamento fecerat, heredem voluerit nominare, in eo codicillo heredis institutio non valebit.

Wir finden hier erstens die Beschränkung der Constitution auf die Intestatcodicille mit klaren Worten ausgesprochen; zweitens die Verwandtschaft zwischen Intestatcodicill und Testament als das Motiv der Constitution hervorgehoben, und drittens die Uebertragung der Testamentsformalitäten auf die Intestatcodicille als das eigentlich dispositive Moment der Constitution anerkannt. Betrachten wir namentlich die beiden letzteren Punkte etwas genauer, so müssen zuvörderst die Worte; **in quo codicillo legitima heredis institutio teneatur,** nothwendigerweise unsere Aufmerksamkeit auf sich ziehen. *Jac.* Gothofredus[93]) gründet hierauf die Behauptung,

91) Vgl. **L. 16. D.** *h. t.* (S. 156. fgg.) „**intestato patrefamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent.**"

92) Nach den Ausführungen im Texte muß hier statt **legitima** emendirt werden: **legitimi.**

93) in dem Note 85. angeführten Commentare **T. I. p. 377.**

daß die obige Constitution den Umfang der Intestatcodicille durch die Gestattung einer Erbeinsetzung in denselben über die früheren Gränzen erweitert habe, während es nach dem Schlußsatze rücksichtlich der nach einem Testamente errichteten, also rücksichtlich der testamentarischen Codicille bei der bisherigen Ungültigkeit der Erbeinsetzung geblieben sei[94]). Er argumentirt daraus ferner, daß unsere obige **L. 1. C. Th.** *h. t.* nicht vom Kaiser Constantin aus dem J. **326**. herrühren könne, weil derselbe noch im J. **332.** rescribirt habe[95]): **igitur specialiter codicillis instituendi vel substituendi potestas juris auctoritate data non est.** Die **L. 1. C. Th. cit.** müsse daher jünger als die eben angeführte **L. 7. C. J.** *h. t.* sein; er schreibt sie deshalb, wider die Auctorität aller Handschriften dem Sohne Constantin des Großen, dem Constantius zu, und verlegt sie ins J. **354**., dergestalt, daß die in dem Schlußsatze der westgothischen Interpretation erwähnte **lex superior** die erwähnte **L. 7. C. J.** gewesen sei. Er verbindet damit dann die weitere Behauptung, daß Justinian die erwähnte Neuerung und Erweiterung des Umfangs der Intestatcodicille mißbilligt und deshalb die **L. 1. C. Th. cit.** nicht recipirt, sondern der älteren **L. 7. C. cit.** den Vorzug gegeben habe. Diese gelehrte und auf den ersten Anblick Alles so harmonisch vereinigende Argumentation ist indessen von den späteren Juristen niemals einer genaueren Prüfung unterworfen worden[96]).

94) Auf diese Erbeinsetzung bezieht er auch den Ausdruck: **sic enim fiet ut testantium successiones . . serventur.** Allein siehe Note 87.

95) **L. 7. C.** *h. t.* (S. 130.)

96) Selbst noch die neueste critische Ausgabe des **Cod. Theod.** von Hänel hat sich hier nicht auf eine Prü-

Und doch beruht sie geradezu auf einem nicht zu lösenden Widerspruche, nämlich auf der Annahme der Möglichkeit einer Erbeinsetzung in einem Intestatcodicille. Denn wenn wirklich die durch den Willen des Erblassers ernannten Erben succediren, so tritt eben keine Intestaterbfolge ein, weil bei letzterer ohne den Willen des Erblassers kraft unmittelbarer gesetzlicher Bestimmung succedirt wird[97]), und es kann daher auch gar nicht von einem Intestatcodicille geredet werden. Der die Erben berufende Rechtsact wäre vielmehr im juristischen Sinne immer nur ein, wenn auch vielleicht privilegirtes Testament[98]). Allein wie sollen wir denn nun die Worte: **in quo codicillo legitima heredis institutio teneatur** erklären? Ich glaube, daß hier eine Emendation durchaus nothwendig ist. Eine solche bietet sich aber auch ganz ungezwungen durch Veränderung eines einzigen Buchstabens dar. Wir brauchen nur statt **legitima** zu lesen: **legitimi**. Dann lautet der Satz: **in quo codicillo legitimi heredis institutio teneatur**, und wir finden damit auch in der westgothischen Interpretation die von den römischen Juristen hervorgehobene, auf der stillschweigenden oder fingirten Erbeinsetzung der Intestaterben (der **legitimi heredes**) beruhende Hauptähnlichkeit zwischen Testament und Intestatcodicill[99]) als das Motiv

fung der von *Jac.* Gothofredus den Handschriften vorgeworfenen Unrichtigkeit eingelassen.

97) Dies ist am klarsten, wenn der Erblasser andere Personen als seine Intestaterben zu testamentarischen Erben einsetzt.

98) Vgl. die ähnlichen Bemerkungen in §. 1511. S. 129. Note 38. 39.

99) Vgl. L. 3. pr. §. 1. L. 8. §. 1. D. *h. t.* (S. 308. fg.) L. 126. pr. D. *de leg. I.* (S. 313. fg.) verb. „quod (sc. fideicommissum) et legitimi eo jure

der Constantinischen Verordnung angegeben. Dadurch verschwinden denn alle Schwierigkeiten, welche sich *Jac.* Gothofredus durch die Annahme der Erbeinsetzung in einem Intestatcodicille geschaffen hat, indem die Nicht-Reception der **L. 1. C. Th. cit.** in dem Justinianeischen Codex sich, wie unten genauer nachgewiesen werden wird, aus einem anderen Grunde sehr leicht erklären läßt. Die in dem Schlußsatze der westgothischen Interpretation angeführte **lex superior** muß aber irgend eine vor dem **22.** December **326.** (dem Datum der **L. 1. C. Th. cit.**), erlassene, übrigens mit den allgemeinen Grundsätzen vollkommen übereinstimmende Constitution gewesen sein, welche in den bisher zugänglichen Handschriften allerdings fehlt [100].

Hinsichtlich des dritten der obigen Punkte ließe sich freilich der Einwand aufstellen, daß auch in der westgothischen Interpretation der Rechtssatz, daß sämmtliche Testamentsformalitäten auf die Intestatcodicille übertragen sein sollten, nicht ausgesprochen sei, indem dieselbe

praestare coguntur, quo si scripti fuissent." **L.** 16. **D.** *h. t.* (S. 156. fg.) **L.** 19. **D.** *eod.*

100) Diese **lex superior** kann auch um so weniger die **L.** 7. **C. J.** *h. t.* sein, weil in letzterer der specielle Fall einer Erbeinsetzung in einem **post testamentum** errichteten Codicille gar nicht hervorgehoben ist. — Auf ganz eigenthümliche Art hat übrigens Roßhirt Lehre von den Vermächtnissen 1. Th. S. 42. die fragliche Constantinische Verordnung ausgelegt. Er sagt nämlich wörtlich: „Eine uns verloren gegangene Constitution war darüber voraus gegangen, daß ein Testament im Punkte der Erbeinsetzung durch ein nachfolgendes Codicill nicht abgeändert werden könne; nunmehr aber sollte das Testament durch ein so eingerichtetes Intestatcodicill aufgehoben werden." Ich muß offenherzig gestehen, daß ich hiervon auch nicht die leiseste Andeutung in der fraglichen Constitution zu erblicken vermag!

nur die Perfection des Intestatcodicilles durch die in der Constantinischen Verordnung nicht ausdrücklich erwähnte **Unterschrift** von 7. oder 5. Zeugen verlange. Dieser Einwand wird indessen dadurch beseitigt, daß nach einem feststehenden Sprachgebrauche der westgothischen Interpretation die sämmtlichen Testamentsformalitäten durch Hervorhebung des einen und Hauptrequisites der Unterschrift der 7. oder 5. Zeugen bezeichnet zu werden pflegen [1].

Gegen die diesseitige Auffassung der L. 1. C. Th. cit. läßt sich endlich noch folgender nicht unscheinbarer Einwand erheben. Nach der offenbar richtigen Ansicht wird nämlich durch die Verweisung auf 7. oder 5. Zeugen auf das Testament nach prätorischem und nach Civilrecht hingedeutet [2]. Da nun das Civiltestament die Beobachtung der Mancipationsfeierlichkeiten, mithin die Zuziehung von 5. Zeugen, des libripens und des familiae emtor erforderte, so wären demnach von **Constantin** die Mancipationsfeierlichkeiten auf das Intestatcodicill übertragen. Obgleich dies nun allerdings die meisten

1) Vgl. Interpret. Visigoth. ad L. 3. C. Th. *h. t.* (IV. 4.) und ad Nov. Theod. II. Tit. IX. (bei Ritter Cod. Theod. Tom. VI. P. II. p. 30.) oder Tit. XVI. (in der Ausgabe von Haenel p. 65.)

2) Dies wird dadurch bewiesen, daß in der damaligen Kunstsprache die Ausdrücke vor 7. oder 5. Zeugen, und nach prätorischem oder Civilrecht testiren gleichbedeutend gebraucht werden. Vgl. L. 7. §. 2. C. Th. *h. t.* (abgedruckt auf S. 384. fgg.) Interpret. Visigoth. ad L. 3. §. 1. C. Th. *h. t.* Isidori Origines Lib. 4. Cap. 24. (offenbar aus einer älteren Stelle entlehnt). — Vgl. auch Nov. Valentin. III. Tit. IV. N. 1. §. 2—4. (bei Ritter l. c. p. 109.) oder Tit. XXI. N. 1. (bei Hugo Jus. civ. Antejust. T. II. p. 1321. sq.) oder Tit. XX. N. 1. (bei Haenel. l. c. p. 190. sq.)

der neueren Rechtshistoriker annehmen [3]), so scheint es mir doch mit Witte [4]) und Bachofen [5]) geradezu eine Unmöglichkeit zu sein, einmal weil die familiae mancipatio bei Codicillen undenkbar ist, indem es sich bei diesen überall nicht um die familia und die directe vermögensrechtliche Repräsentation des Erblassers handelt, und daher die Formel der bei Testamenten gebräuchlichen Mancipation auf Codicille gar nicht paßt [6]), und zweitens weil die Ausdehnung einer alten, ihrer ursprünglichen Bedeutung gar nicht mehr entsprechenden [7]) Solennität

3) Zuerst stellte diese Ansicht *Jac.* GOTHOFREDUS l. c. T. I. p. 379. auf. Siehe sodann *Em.* DUNIUS l. c. p. 131. Marezoll in Grolman und Löhrs Magtazin 4. Bd. S. 164. fgg. Schweppe römische Rechsgeschichte 2. Aufl. §. 494. S. 715. Anm. 2. Danz l. c. p. 17., insb. p. 21. not. 16. Mühlenbruch im 38. Th. des Comment. §. 1430. S. 376. Pfotenhauer in Linde's Zeitschrift 16. Bd. S. 134. Auch Höpfner im Institutionencommentare §. 622. Note 2. neigt sich dieser Ansicht zu.

4) in Weiske's Rechtslexikon 2. Bd. S. 679.

5) in dem S. 339. Note 1. angeführten Werke S. 318.

6) Deshalb bemerkt auch Schweppe a. a. O. „so schwierig auch die Anwendung der ersten, namentlich die Anwendung der mancipatio familiae bei Vermächtnissen werden mochte."

7) ULPIANI *Fragm.* Tit. XX. §. 2. sprechen daher auch von einer mancipatio imaginaria, und GAJ. *Inst.* Lib. II. §. 103. sagt: nunc vero alius heres testamento instituitur . . alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emtor adhibetur. — Die Person des familiae emtor, der die familia nicht bekommt, war insbesondere Nicht-Juristen sehr auffallend. Vgl. z. B. PLUTARCH Περὶ τῶν ὑπὸ τοῦ θείου βραδέως τιμωρουμένων cap. 4. i. f. (in Opp. ed. WYTTENBACH T. III. P. I. p. 187.)

über ihre bisherigen Gränzen entschieden dem Geiste der Gesetzgebung Constantins widerspricht. Die hierin liegende Schwierigkeit wird indessen beseitigt, sobald man annimmt, daß Constantin schon vor diesem Gesetze die Nothwendigkeit der Mancipationsfeierlichkeiten bei den Testamenten aufgehoben hatte, so daß das Civiltestament damals nur vor 5. Zeugen, ohne libripens und familiae emtor errichtet wurde. Diese schon von Cujacius[8]) hingeworfene, aber freilich auf die unrichtige Annahme, daß die L. 15. C. *de testam.* (VI. 23.) von Constantin herrühre, und daß gerade darin die Mancipationsfeierlichkeiten aufgehoben seien, gestützte Ansicht ist zuerst auf gründliche Weise von C. W. Walch[9]) dahin ausgeführt, daß Constantin für das Civiltestament die Mancipationsfeierlichkeit aufgehoben und an deren Stelle die subscriptio der Zeugen im Inneren der Testamentsurkunde eingeführt habe. v. Löhr[10]) erklärte diese Ansicht für sehr wahrscheinlich, und selbst Hugo nahm deshalb in die 11. Auflage seiner Rechtsgeschichte S. 981. die Behauptung auf: „Bei der hereditas aus einem Testamente scheint die familiae mancipatio (unter Constantin) aufgehoben, und die subscriptio eingeführt worden zu sein." In der neuesten Zeit hat sich endlich auch Bachofen a. a. O., ohne, wie es scheint, die Abhandlung von Walch zu kennen, insofern für diese Ansicht erklärt, als er annimmt, daß Constantin ein allgemeines Gesetz über die Testamentsformen erlassen, und darin die Errichtung eines Testa-

8) Ad. L. 1. et 3. Tit. D. *qui testam. facere* (in Opp. T. II. p. 676). Vgl. die Erklärung der L. 15. C. cit. in der Anmerkung auf S. 381.

9) Progr. de mutata a Constantino M. testamenti juris civilis forma. Jenae 1823.

10) im Archiv für civil. Praxis 6. Bd. S. 341.

mentes ohne die Mancipationsfeierlichkeiten vor 5. Zeugen gestattet habe, und daß von nun an, bis auf die Theodosische Testamentsnovelle vom J. 439. das Testament vor 5. Zeugen das Civil- und das vor 7. Zeugen das prätorische Testament genannt sei, ohne daß ein weiterer Unterschied existirt habe[11]). Mag man nun über

11) Auf den ersten Anblick scheint es freilich sonderbar, von einem Testamente vor 7. oder 5. Zeugen zu sprechen, wenn man durch die Zuziehung von 5. Zeugen schon das Nämliche erreichen kann, wie durch die Zuziehung von 7. Allein hiergegen kommt in Betracht, daß die Mitwirkung von 7. Personen zu dem Testamente außer dem Erblasser seine bis dahin seit einem Jahrtausend festgehaltene Nothwendigkeit war, daß sie sich deshalb sehr leicht als Sitte erhalten, und vom Gesetzgeber noch berücksichtigt werden konnte, nachdem die Nothwendigkeit aufgehoben war. So wird denn nicht nur in den leges romanae bei den germanischen Völkern eines Testamentes vor 7. oder 5. Zeugen, nachdem die Mancipationsfeierlichkeiten, auch nach der Ansicht der Gegner, längst verschwunden waren, Erwähnung gethan, Edictum Theodorici Tit. 28. v. J. 500. (bei Rhon p. 13.) Interpretatio Visigoth. ad L. 3. C. Th. *h. t.* (IV. 4.) und zu Nov. Theodos. Tit. XVI. cit., v. J. 506., Lex Romana Burgundionum Tit. 45. de testam. aus den J. 517—534. (bei Barkow p. 126.), sondern das Testament vor 7. oder 5. Zeugen kehrt selbst, trotz der Justinianeischen Legislation, in den späteren römisch-byzantinischen Rechtsquellen wieder zurück. Prochir. Basil. Tit. XXI. cap. 9. 15. (ed. Zachariae p. 124. 128.), wahrscheinlich aus dem J. 878., und Basil. Lib. XXXV. Tit. 1. Const. 22. 24. in Heimbachs Ausgabe 3. Bd. p. 543. 544. (entlehnt aus L. 21. pr. L. 23. D. *qui testam.* XXVIII. 1. und L. 21.

diese Verschiedenheit der Ansichten zwischen Walch und Bachofen denken wie man will[12]), so ist doch gerade durch den Punkt, in welchem beide Schriftsteller übereinstimmen, nämlich durch die Annahme der Aufhebung der Mancipationsfeierlichkeiten durch den Kaiser Constantin den Großen die hier allein in Frage stehende Schwierigkeit vollkommen beseitigt[13]).

C. *de testam.* VI. 23.) Lib. XL. Tit. 7. Const. 3. bei Heimbach 4. Bd. p. 86. (= L. 2. C. *de b. p. s. t.* VI. 11.) Schol. Enantiophan. ad Lib. XLV. Tit. 1. Const. 3. bei Heimbach 4. Bd. S. 471. Harmenopul. Prochir. Lib. V. Tit. I. §. 35. Nach dem erwähnten Schol. Enantiophan. beruhte die Zulassung des Testaments vor 5. Zeugen auf einem Gewohnheitsrechte. Vgl. auch Nov. Leonis 41. und 43.

12) Es handelt sich dabei dann vorzugsweise um die im 34. Th. des Commentars §. 1415. b. S. 440. von Glück bereits weitläufig besprochene Controverse: ob nach dem neueren Constitutionenrechte eine subscriptio und eine superscriptio der Zeugen nothwendig gewesen sei oder nicht?

13) Die hier angenommene Ansicht steht freilich mit der von Glück im 34. Theile des Commentars S. 272. fgg. vertheidigten Annahme, daß das Mancipationstestament erst in dem Zeitraume zwischen der Theodosischen Testamentsnovelle vom J. 439. und Justinians Regierung durch Gewohnheitsrecht verschwunden sei, im Widerspruche. Glück war hierin ganz und gar dem bekannten Aufsatze von Savigny „Beitrag zur Geschichte der römischen Testamente" in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 1. Heft 1. Nr. 5. S. 78—95. gefolgt. Da indessen v. Savigny selbst, vermöge des Nachtrages aus dem J. 1849. zu dem obigen Aufsatze, in seinen Vermischten Schriften, 1. Bd. Berlin 1850. S. 148—150. sich jetzt für die

Wenn nun auch die Formlosigkeit der testamentarischen Codicille diesemnach durch Constantin nicht auf-

ältere Ansicht, daß die beiden alten Testamentsformen durch die Theodosische Testamentsnovelle zu einer einzigen verschmolzen, und auf diese Weise das Mancipationstestament verschwunden sei, erklärt hat, und die im Texte erwähnten abweichenden Ansichten von Glück gar nicht berücksichtigt worden sind und resp. werden konnten, so kann ich es nicht umgehen, hier die Gründe für die Aufhebung des Mancipationstestamentes durch Constantin wenigstens kurz anzudeuten. Erstens hat Constantin nach Eusebius Vita Constantini M. Lib. IV. cap. 26. (Historiae ecclesiastic. scriptores graeci. Colon. Allobrog. 1612. T. I. p. 397. sq.) und einer Angabe der Kaiser Arcadius und Honorius in L. 3. §. 2. C. Th. *h. t.* (IV. 4.) aus dem J. 396. ein Gesetz über die Testamentsformen erlassen, dessen Inhalt in beiden Stellen referirt wird, ohne daß dabei der Mancipationsfeierlichkeiten Erwähnung geschieht. Ja die Darstellung des Eusebius deutet geradezu darauf hin, daß die Errichtung des Testamentes in Zukunft nur aus Worten, und nicht mehr aus symbolischen Handlungen bestehen solle. Zweitens tritt mit Constantin ein ganz neuer Sprachgebrauch ein. Von den classischen Juristen wird das Mancipationstestament als testamentum quod per aes et libram agitur und auf ähnliche Weise bezeichnet. Vgl. Gaj. *Inst.* Lib. II. §. 102—104. Ulpiani *Fragm.* Tit. XX. §. 2. §. 9. coll. §. 1. J. *de testam. ordin.* (II. 10.) Nach Constantin wird aber aes et libra niemals mehr erwähnt; statt dessen finden wir vielmehr von nun an das Testament vor 7. oder 5. Zeugen (siehe S. 375. Note 2. und S. 378. Note 11.), während die classischen Juristen das Mancipationstestament niemals ein Testament vor

gehoben war, so ist es doch leicht begreiflich, daß die Gesetzgebung nunmehr den einmal betretenen Weg weiter

5. Zeugen genannt haben, und auch genau genommen nicht so nennen konnten, weil auch der libripens testium numero war. GAJI *Inst.* Lib. II. §. 107. Drittens kommen in späteren kaiserlichen Constitutionen deutliche Spuren von einer früheren Aufhebung der Mancipationsfeierlichkeiten vor. So kann 1) in dem Satze der L. 15. C. *de testam.* (VI. 23.) „quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit, ademtis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexis" etc. den durch den Druck hervorgehobenen Worten nur der Sinn unterlegt werden, daß, nachdem die familiae mancipatio, welche Ulpian eine mancipatio imaginaria nennt (S. 376. Note 7.) aufgehoben sei, auch hinsichtlich der Erbeinsetzungsformeln völlige Freiheit gestattet sein müsse; 2) Eben so können in dem Satze der 1. Testamentsnovelle des Kaisers Valentinian's des Dritten vom J. 446. „Idcirco quia minutiis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum convenit inspici voluntatem, cui multum roboris erit, si vel septem vel quinque testibus muniatur" etc. die hervorgehobenen Worte ungezwungen nur auf die bereits vor sich gegangene Abschaffung der altherkömmlichen symbolischen Mancipationsfeierlichkeiten bezogen werden. Viertens geht aus der Verbindung von §. 2. und 3. J. *de testam. ordin.* (II. 10.) hervor, daß schon vor der in §. 3. gemeinten Theodosischen Testamentsnovelle vom J. 439. Aenderungen mit dem Civiltestamente vor sich gegangen sein müssen. Fünftens endlich spricht gerade die in

verfolgte. Zuerst verordneten die Kaiser Valentinian Theodosius und Arcadius im J. 389.[14]), daß sie für sich und ihre Familie („nobis necessitudinibusve nostris") keinen Erwerb aus einem solchen formlosen testamentarischen[15]) Codicille annehmen würden, auch wenn

Frage stehende L. 1. C. Th. *h. t.* dafür. Denn wenn damals im J. 326. noch die Mancipationsfeierlichkeiten bestanden hätten, so hätte Constantin die Testamentsförmlichkeiten nicht so ohne weiteres auf die Intestatcodicille übertragen können. Daß er dies that, beweist, daß es damals keine mancipatio familiae mehr gab. Bachofen S. 369. Note 88. durfte es daher gar nicht auffallend finden, daß bei den Codicillen niemals eine Nuncupation erwähnt wird.

14) L. 2. C. Th. *h. t.* (IV. 4.) Der eigentliche Urheber dieser Constitution war Theodosius. Siehe SYMMACHUS epist Lib. II. cap. 13. und *Jac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad h. L. (ed. RITTER T. I. p. 378.)

15) Die Ausdrücke der Constitution lauten freilich allgemein: Quae codicillis aut epistolis nobis necessitudinibusve nostris relinquuntur, non admittimus; sit ille usus inter privatos ratus u. s. w., und scheinen deshalb auch die Intestatcodicille mit zu umfassen. Allein aus dem ganzen Inhalte der Constitution geht auf das Deutlichste hervor, daß die Kaiser nur die formlosen Codicille vor Augen haben, bei welchen es nur auf den einfachen Aechtheitbeweis ankam. SYMMACHUS a. a. O. sagt deshalb von dieser Constitution auch unter Anderem: Neque enim latet, quid sponte ceteros velit facere, qui suspecta compendia primus exhorruit. Die Zuwendungen in einem vor 7. oder 5. Zeugen errichteten Intestatcodicille können aber gerade so wenig suspecta compendia genannt werden, wie die Zuwendungen in einem Testa-

der Beweis der Aechtheit des Codicilles geführt werden sollte, daß vielmehr das Hinterlassene in diesem Falle an die Kinder des Verstorbenen und eventuell an dessen nächste Verwandte fallen solle[16]). Die Kaiser hatten hierdurch die formlosen Codicille in Mißgunst zu bringen und wo möglich zu verdrängen gesucht[17]). Diese Hoffnung verwirklichte sich indessen nicht. Deshalb erließ denn der Kaiser Theodosius der Große im J. 424., am Schlusse einer von der Codicillarclausel handelnden Constitution, eine allgemeine Verfügung über die Form sämmtlicher Codicille, welche zwar in den Theodosischen Codex aufgenommen, allein in der westgothischen Bearbeitung

mente vor 7. oder 5. Zeugen, welche die Kaiser in §. 1. der Constitution ausdrücklich nach wie vor annehmen zu wollen erklären. Deshalb sagt auch *Jac.* GOTHOFREDUS l. c. p. 378. „Ceterum ideo Theodosius M. codicillis vel epistolis relicta sibi repudiat, quod minus solemnis haec scriptura sit, et in qua facile falsum admitti potest, obgleich er die Constitution nicht mit ausdrücklichen Worten auf testamentarische Codicille einschränkt.

16) In dieser Constitution wurde ferner zugleich festgesetzt, daß wenn in einem Civil- oder Criminalprocesse die Behauptung der Verfälschung eines solchen Codicilles aufgestellt werde, dem Producenten der Urkunde immer zuerst der Beweis der Aechtheit derselben auferlegt werden solle. Dieser Theil der Constitution ist, mit einigen Zusätzen, als L. 24. C. J. *ad legem Corneliam de falsis* (IX. 22.) recipirt. Ueber die Nicht-Reception der im Texte behandelten relativen Incapacität des Kaisers und der kaiserlichen Familie vgl. weiter unten S. 392.

17) Diese Tendenz des Kaisers hebt Symmachus a. a. O. ausdrücklich hervor.

absichtlich ausgelassen[18]) und von den Compilatoren der Justinianeischen Legislation in sehr veränderter Gestalt recipirt worden ist[19]). Der Text dieses erst im J. 1828. von **Hänel** in einer Wallersteinischen Handschrift des **Breviarium Alaricianum** wieder aufgefundenen Schlußsatzes der Theodosischen **L. 7. §. 2. C. Th** *h. t.* lautet folgendermaaßen[20]):

In omni autem genere testamenti, sive id praetorio jure sive civili consistat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur, id volumus observari, ut eodem die quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine sortiatur[21]), nihilque ejus in diem alterum differatur; quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut septem aut quinque, vel rogati aut qui fortuitu venerint, possint jure testimonium perhibere, videlicet ut post hanc sanctionem divinis et liquescentibus apicibus, qui trium testium numero sint

18) In der westgothischen Interpretation der **L. 7. C. Th.** *h. t.* heißt es am Schlusse: **Extrema pars legis istius ideo non habetur scripta vel exposita, quia novella lege calcatur.** Vgl. darüber unten Note 26. a. E.

19) Als **L. 8. §. 3. (L. ult. §. ult.) C. J.** *h. t.* (VI. 36.)

20) Dieser Schlußsatz ist zuerst, mit Bemerkungen, abgedruckt von **Stieber** in **praef. ad Hauboldi Opp. T. I. p. CLI.**, und darauf von **Glück** im 34. Th. des Commentars §. 1412. a. S. 269. Siehe jetzt auch die **Hänel**sche Ausgabe des **Cod. Theod.** S. *368. fgg.

21) **Stieber** l. c. emendirt: **et perfectam sui pleritudinem sortiatur. Haenel** bemerkt: **Fort. leg. ad perfectam sui plenitudinem sortiatur.**

contenti[22]). Dat. X. Kal. Mart. Constantinop. Victor V. C. Cos. (424).

Durch diese Constitution wurden nunmehr auch die testamentarischen Codicille zu solennen letzten Willenserklärungen erhoben. Während nämlich die Constantinische Verordnung (L. 1. C. Th. *h. t.* auf S. 366.) von codicilli quos testamentum non praecedit geredet hatte, so wird hier der allgemeine Ausdruck codicilli gebraucht, welcher nach seiner grammatischen Bedeutung auf alle Arten der Codicille zu beziehen ist, um so mehr als es an jedem Anhaltspunkte zu einer Beschränkung der Constitution auf Intestatcodicille fehlt, und die Theodosische Verordnung in diesem weiteren Umfange nur eine natürliche Fortbildung des Rechtes, zur Erreichung des vom Kaiser Theodosius dem Ersten aber vergeblich verfolgten Zweckes war[23]). Auch hier werden, wie

22) Stieber l. c. nimmt hier eine Lücke an. Hänel will dagegen das ut hinter videlicet fortlassen, und dem et zwischen divinis und liquescentibus den Sinn von etiam beilegen. — Der Sinn dieser Schlußworte ist augenscheinlich der, daß in Zukunft die kaiserlichen Constitutionen (divini apices), welche nur 3. Zeugen erfordern, nicht mehr zur Anwendung kommen sollen. Von diesen Constitutionen haben wir weiter keine Kenntniß, und können nicht einmal mit Gewißheit bestimmen, ob dieselben sich auf Testamente oder Codicille bezogen.

23) Schon Symmachus l. c. hob die Nothwendigkeit des Einschreitens der Gesetzgebung gegen die formlosen Codicille in den Worten: „Ergo quia dominorum conditio restrictior est, privatis cupiditatibus medicina juris occurrat" und „Tantum denuo legibus severitatis addendum est, quantum flagitia creverint. Alioquin si majoris partis deseritur emen-

in der Constantinischen Verordnung, die schriftlichen und die s. g. mündlichen Codicille ganz gleich behandelt [24]),

datio, frustra se asperis sanctionibus solus imperator adstrinxit, qui semper bonus et integer moribus fuit" hervor. — Wenn übrigens Witte a. a. O. S. 679. fgg. behauptet, daß der erwähnte Schlußsatz der Theodosischen Verordnung nichts Neues in Betreff der Codicille bestimmt habe, so muß er sie nothwendigerweise auf Intestatcodicille eingeschränkt haben, was auch Bachofen a. a. O. zu thun scheint. Allein dies ist aus den im Texte angegebenen Gründen unzulässig. Vgl. auch die Critik der Bachofenschen Ansicht hinter Note 44. unten.

24) Auf den ersten Anblick scheint es am natürlichsten die Worte: in omni autem genere testamenti, sive id praetorio jure sive civili consistat auf die Testamente, schriftliche wie mündliche, und die Worte: seu codicilli conscribantur sive non scripta voluntas ultima praetendatur auf die schriftlichen und s. g. mündlichen Codicille zu beziehen. Da indessen überall, wo der Gegensatz zwischen jure civili und jure praetorio testiren vorkommt, derselbe nur als eine Untereintheilung des schriftlichen und nicht des mündlichen Testamentes erscheint, Interpret. Visigoth. ad L. 3. C. Th. *h. t.* und zu Nov. Theod. Tit. XVI. cit. Isidori Origines Lib. IV. cap. 24., so daß in der im 34. Theile des Commentars §. 1412. b. S. 281. erläuterten Nov. Valent. III. Tit. XX. Nov. 1. §. 2. (in der Hänelschen Sammlung S. 190. geradezu gesagt wird: nam cum liceat cunctis jure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem... judicia suprema componere, so können die Worte in omni — consistat nur auf die schriftlichen Testamente bezogen werden, so daß dann die letzten Worte: sive non scripta — praetendatur gleichmäßig auf mündliche

dergestalt daß ohne weiteren Unterschied zwischen Testamenten und Codicillen für beide die nämlichen Formalitäten erwähnt werden. Denn daß die 7. resp. 5. Zeugen bei den Codicillen gerade die nämliche Rolle wie bei den Testamenten spielen sollen, ergiebt sich auf das Deutlichste aus den Worten: nisi aut septem aut quinque.. possint jure testimonium perhibere, welche ganz gleichmäßig auf alle in den voraufgehenden Worten aufgezählten Arten der letzten Willenserklärungen bezogen werden müssen. Die Constitution enthält nun, außer der Neuerung durch Uebertragung der Testamentsform auf die testamentarischen Codicille, auch noch eine Neuerung für die Testamentsform, welche dann natürlich zugleich für die Codicille mit angeordnet wurde. Bis dahin war es nämlich erlaubt gewesen, das Niederschreiben der Testamentsurkunde und die eigentliche Solennisirung derselben durch Vornahme des Testiractes, an verschiedenen Tagen vorzunehmen. Dies wurde durch unsere Constitution sowohl für Testamente wie für Codicille untersagt. Dieses Verbot war indessen nicht von langer Dauer. Für den Osten wurde es nämlich bereits im J. 439. von Theodosius selbst in seiner bekannten Testamentsnovelle[25]), und für den Westen durch Valentinian den Dritten im J. 446. aufgehoben[26]).

Testamente und Codicille zu beziehen sind. Vgl. auch außer dem bei Glück a. a. O. citirten F. A. Schilling noch Leist die bonorum possessio 2. Th. 2. Abth. S. 102. Bachofen a. a. O. S. 307. fgg.

25) Nov. Theod. Tit. XVI. cit. §. 4. „In omnibus autem testamentis, quae vel absentibus vel praesentibus testibus dictantur, superfluum est uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere et dictare suum arbitrium et finiri testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve

Die erwähnte Theodosische Testamentsnovelle mußte aber nothwendigerweise auch noch einen anderen Einfluß auf die Form der Codicille ausüben. Durch diese No-

proferatur testamentum, sufficit uno eodemque die, nullo actu interveniente, testes omnes videlicet simul etc.

26) Nov. Valentin. Tit. XX. (bei RITTER Tit. 4. und bei HUGO Tit. 21.) Nov. 2. §. 3. Necessitatem quoque praecipitem submovemus, quae testatores hactenus compulit, sub unius diei spatio supremum festinato nimis ordiri et implere judicium. Quibus nos licentiam tempusque largimur, ut voluntatem, quam de rebus propriis mente conceperint, frequenter scribant, frequenter retractent, frequenter emendent, et quot voluerint diebus in tantae praesertim causae meditatione versentur. Haec enim deliberatio nihil immaturum relinquit cui licebit saepe dictata corrigere. — Wahrscheinlich ist gerade wegen dieser abändernden Novelle der Schlußsatz der L. 7. §. 2. C. Th. *h. t.* in das Breviarium Alaricianum nicht aufgenommen, so daß die in Note 18. angeführten Worte der interpretatio sich auf diese Novelle beziehen. Die gänzliche Fortlassung dieses Schlußsatzes war freilich immerhin eine Unvorsichtigkeit, weil es nun im Breviarium keine einzige Constitution gab, durch welche die Formlosigkeit der testamentarischen Codicille für aufgehoben erklärt war, wenn dies nicht aus anderen uns nicht erhaltenen Constitutionen entnommen werden konnte. Die Ansicht von Wenck in seiner Ausgabe der ersten 5. Bücher des Cod. Theod. (Lips. 1825.) p. 210., daß der Schlußsatz vielleicht wegen der obigen Novelle Valentinians des Dritten vom J. 1446. in welcher die s. g. holographen Testamente und folglich auch holographe Codicille zugelassen wurden, nicht aufgenommen sei, kann deshalb nicht gebilligt werden, weil dann die Form doch immer

velle, welche als **L. 21. pr. C.** *de testam.* **(VI. 23.)** die Grundlage der Justinianeischen Legislation über die Formen des solennen Privattestamentes bildet, wurde nämlich das Testament vor 5. Zeugen aufgehoben, so daß fortan Testamente nur vor 7. Zeugen errichtet werden konnten[27]). Dies mußte nothwendigerweise eine Rückwirkung auf die Form der Codicille ausüben. Denn wenn die Codicille nur in der Form der Testamente errichtet werden durften, so konnten sie in Zukunft auch nur noch vor 7. Zeugen errichtet werden. Denn man konnte jetzt nicht mehr, wie zu Constantins Zeiten sagen: in codicillis . . sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet. Gegen diese Ansicht hat man sich freilich nicht ohne Schein auf die Worte: eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere sancimus. In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficient etc. bei Gelegenheit des s. g. testa-

noch für allographe Codicille blieb, und deshalb hätte erwähnt werden müssen.

27) Diese Novelle vom J. 439. ist zwar am 1. Oktober 447. von Theodosius II. nebst allen seit der Veröffentlichung des Theodosischen Coder von ihm erlassenen Constitutionen in Gemäßheit der Const. de Theod. Cod. auctoritate §. 5. §. 6. (ed. HAENEL p. 92.) zur Publication an Valentinian III. übersendet, Nov. Theod. Tit. 2., (Tit. 1. bei HUGO Jus civ. Antej. T. II. p. 1219.) und von demselben auch am 7. Mai 448. publicirt. Nov. Valent. III. Tit. 25. (bei RITTER Tit. 35, und bei HUGO Tit. 26.) Allein das Testament vor 5. Zeugen kehrt später doch im Westen, wie im Osten wieder zurück. S. oben S. 378. Note 11.

mentum posterius imperfectum in §. 7. derselben Theodosischen Testamentsnovelle berufen und daraus abgeleitet, daß schon seit Theodosius die Zahl von 5. Zeugen zur characteristischen Codicillarform geworden sei [28]). Allein mit den hervorgehobenen Worten, wie überhaupt mit dem ganzen s. g. testamentum posterius imperfectum hat es, wie in §. 1513. e. genauer nachgewiesen werden wird, eine so eigenthümliche Bewandniß, daß ein solcher Schluß keinesfalls mit der erforderlichen Sicherheit darauf gebaut werden kann, zumal wir auch in der den Beschluß der antejustinianeischen Constitutionen über die Formen der Codicille bildenden Verordnung des Kaisers Justin vom J. 521. über die Testamente und Codicille der Blinden [29]) auch wieder die Gleichheit der Formen des Testamentes und Codicilles vorausgesetzt und beziehungsweise anerkannt finden.

§. 1512. a.

Fortsetzung. — Das Justinianeische Recht im Allgemeinen. — Die Notariatsordnung vom J. 1512.

Wenn wir nun das Verhältniß der Justinianeischen Legislation zu dem in dem vorigen Paragraphen geschilderten antejustinianeischen Rechte ins Auge fassen, so finden wir in den Pandekten das Recht der ersten Periode, und zwar in unveränderter Gestalt aufgenommen; von dem ganzen Rechte der zweiten Periode enthält da-

28) Bachofen a. a. O. S. 319. Die genauere Literatur über diesen Punkt wird passender in §. 1513. e. mitgetheilt werden.

29) L. 8. C. *qui testamenta* (VI. 22.) Die in Folge dieser Constitution entstandene Streitfrage über die Form des Blindencodicills ist ausführlich und gut von Glück im 34. Th. des Comment. §. 1406. d. S. 38—44. behandelt, weshalb ich hier darauf zurückweisen kann.

gegen der Codex nur die **L. 7. §. 2. i. f. C. Th.** *h. t.*, freilich nicht ohne vielfache Veränderungen, und die Verordnung Justins über das Blindencodicill. Die Institutionen endlich ignoriren das Recht der zweiten Periode ganz und gar, und scheinen in den Worten des **§. 3. J.** *h. t.* **Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et nullam solennitatem ordinationis desiderant** geradezu das Recht der ersten Periode als das unmittelbar geltende vorzutragen und anzuerkennen. Diese anscheinenden Willkührlichkeiten lassen sich indessen auf vollkommen genügende Weise erklären. Am wenigsten Schwierigkeit bietet die unveränderte Aufnahme des älteren Rechtes in die Pandekten dar, indem darüber kein Zweifel obwalten kann, daß den Stellen der Pandekten, aus welchen die Formlosigkeit der Codicille abgeleitet werden könnte [30]), nur eine historische Bedeutung beizulegen ist, weil im Sinne der Justinianeischen Legislation den kaiserlichen Constitutionen, welche absichtlich den bisherigen Rechtszustand geändert haben, der Vorzug eingeräumt werden muß [31]). Mit dem Verhältnisse der Justinianeischen Legislation zu dem Rechte der zweiten Periode hat es aber folgende Bewandniß. Die Nicht-Reception der **L. 1. C. Th.** *h. t.* (**S. 366.**) erklärt sich nämlich daraus, daß eine besondere Verfügung wegen der Intestatcodicille nicht nothwendig war, weil die **L. 7. §. 2. C. Th.** *h. t.* (**S. 384.**) eine allgemeine das-

30) Vgl. z. B. L. 89. pr. D. *de leg. II.* (S. 217.) L. 6. §. 1. und 2. D. *h. t.* (S. 340. und 217.)

31) Ueber diese historische Vereinigung vgl. v. Savigny's System des heutigen röm. Rechts 1. Bd. §. 44. S. 276. fgg. §. 45. S. 283. fgg. — Die Compilatoren haben eben hier, wie in so manchen anderen Lehren, eine Umarbeitung der Pandektenstellen weder vornehmen wollen noch können.

selbe aussprechende Verfügung hinsichtlich aller Codicille enthielt. Die **L. 2. C. Th.** *h. t.* (S. 382.) ist aber offenbar deshalb nicht recipirt, weil ihr Grund mit der **L. 7. §. 2. C. Th.** cit. hinweggefallen war. Die Kaiser hatten nämlich die Incapacität für sich und ihre Familie hinsichtlich aller Zuwendungen durch formlose Codicille, wegen der in der Formlosigkeit liegenden Gefahr der Verfälschung ausgesprochen. (S. 382. Note 15.) Mit der Aufhebung der Formlosigkeit durch **L. 7. §. 2. C. Th.** cit. war aber diese Gefahr beseitigt. Justinian handelte daher nur consequent, wenn er statt der **L. 2. C. Th.** cit. diejenigen Stellen des vor derselben geltenden Rechtes aufnehmen ließ, in welchen die Fähigkeit des Kaisers zum Erwerb aus Codicillen anerkannt war [32]). Eben so lassen sich endlich die mannigfachen Veränder-

32) **L. 1. pr. D.** *de jure fisci* (XLIX. 14.) aus CALLISTRATUS Lib. I. de jure fisci, wo unter den Fällen der nuntiatio ad fiscum auch folgender angeführt wird: vel quod princeps heres institutus et testamentum sive codicilli subrepti esse nuntiantur. Ferner **L. 7. C.** *qui testam. facere* (VI. 22.) „Cum heredes instituuntur Imperator seu Augusta jus commune cum ceteris habeant. Quod et in codicillis et fideicommissariis epistolis jure scriptis observandum erit etc., von Valens, Valentinian und Gratian aus dem J. 371. Die Worte jure scriptis beruhen gewiß auf einer Interpolation, weil Justinian, indem er diese Constitution aus dem J. 371., anstatt der **L. 2. C. Th.** aus dem J. 389. aufnahm, damit wenigstens ausdrücklich hervorheben wollte, daß der Erwerb aber nicht mehr, wie im J. 371. aus einem formlosen, sondern nur aus einem in der gehörigen Form, also mindestens vor 5. Zeugen errichteten Codicille vor sich gehe.

ungen erklären, mit welchen L. 7. §. 2. i. f. C. Th. cit. als L. 8. §. 3. (L. ult. §. ult.) C. J. *h. t.* (VI. 36.) recipirt worden ist. Die aus folgender Nebeneinanderstellung beider Texte:

L. 7. §. 2. i. f. C. Th. *h. t.* (IV. 4.)[33])	L. 8. §. 3. C. J. *h. t.* (VI. 36.)
In omni autem genere testamenti, sive id praetorio jure sive civili consistat, seu codicilli conscribantur,	In omni autem
sive non scripta voluntas ultima praetendatur, id volumus observari, ut eodem die, quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudinem sortiatur, nihilque ejus in diem alterum differatur, quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut	ultima voluntate, excepto testamento,
septem aut quinque vel rogati aut qui fortuitu venerint, possint jure testimonium perhibere, videlicet ut post hanc sanctionem divinis et liquescentibus apicibus, qui trium testium numero sint contenti.	quinque testes vel rogati vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur, testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accomodantibus.

am anschaulichsten hervorgehenden Abweichungen und

33) Wegen der Lesarten und sonstigen Erklärungen dieser Stelle muß ich auf §. 1512. S. 384. Note 20. fgg. verweisen.

Uebereinstimmungen reduciren sich nämlich auf folgende Punkte:

1) Fortgelassen wurde

a) Der Gegensatz zwischen Testamenten nach Civil- und prätorischem Rechte, weil derselbe auch in seiner letzten Gestaltung durch Theodosius [34]) und resp. Valentinian [35]) aufgehoben war.

b) Die Verfügung, daß das Testament resp. Codicill an einem und demselben Tage niedergeschrieben und solennisirt werden müsse, weil dieselbe längst durch Theodosius [36]) und Valentinian [37]) zurückgenommen war.

c) Der Schlußsatz ut post hanc etc., weil eine ausdrückliche Aufhebung der nicht recipirten Constitutionen völlig überflüssig war.

2) Beibehalten wurde

a) Die Erwähnung der mündlichen letzten Willenserklärungen neben den schriftlichen;

b) Die von dem Requisite ad 1. b. übrig gebliebene Einheit der Handlung, welche Justinian durch die Worte in uno eodemque tempore debent adhiberi ausgedrückt hat [38]);

34) Nov. Theodos. Tit. XVI. cit.

35) In der in Note 27. erwähnten Novelle Valentinians vom J. 448., wodurch er die in Note 34. erwähnte Theodosische Testamentsnovelle publicirt hatte. Denn noch im J. 446. hatte Valentinian in der S. 386. Note 24. citirten Novelle vom J. 446. von einem Testamente nach Civil- und prätorischem Rechte geredet. Vgl. auch die Ansicht Walchs (S. 377.) und Bachofens (S. 377. fgg.)

36) Siehe S. 387. Note 25.

37) Siehe S. 388. Note 26.

38) Ueber die Bedeutung dieser Worte wird in §. 1513. b. genauer gehandelt werden.

c) Das Erforderniß der Rogation der Zeugen[39]).

3) Modificirt wurden zwei Punkte, die gerade deshalb von besonderer Wichtigkeit werden.

a) Von den 7. oder 5. Zeugen der Originalconstitution nahm Justinian nur die Zahl 5 auf. Dies war anscheinend nur eine Beibehaltung des früheren Rechtes, in der That aber eine Aenderung desselben. Justinian stellte damit nämlich die Form der Codicille wieder her, wie sie seit Constantin[40]) und resp. Theodosius[41]) gegolten hatten, aber durch die Theodosische Testamentsnovelle vom J. 439. aufgehoben war[42]). Er erhob dadurch die Erklärung vor 5. Zeugen zur eigenthümlichen Codicillarform, im Gegensatze zu den Testamenten, welche die Zuziehung von 7. Zeugen erforderten. Daß er dies nicht in einer besonderen Constitution gethan hat, erklärt sich sehr leicht daraus, daß es sich hier nur um eine Wiederherstellung des früheren Rechteshandelte, und diese am einfachsten durch Reception der Originalworte der Theodosischen Constitution vom J. 424. bewerkstelligt werden konnte[43]). Da indessen in diesem

39) Das Genauere über dies Erforderniß siehe in §. 1513.

40) L. 1. C. Th. *h. t.* (S. 366.)

41) L. 7. §. 2. i. f. C. Th. *h. t.* (S. 384.)

42) Nach der in Note 28. erwähnten Ansicht hätte Justinian in diesem Punkte überhaupt gar keine Neuerung vorgenommen, sondern nur das alte Recht bestätigt.

43) Dasselbe Verfahren ist auch bei dem in §. 1512. S. 381. Note 14. erwähnten Rechtssatze beobachtet worden. Justinian führte als Neuerung die Erwerbsfähigkeit des Kaisers und der kaiserlichen Familie aus Codicillen wieder ein. Er that dies aber nicht durch eine besondere Constitution, sondern einfach durch Re-

Punkte nach dem Rechte zu Justinians Zeiten nunmehr keine Gleichheit mehr zwischen Testamenten und Codicillen stattfand, so konnte die Verordnung auch nicht mehr als eine sich auf Testamente und Codicille gleichmäßig beziehende recipirt werden. Der Dispositivinhalt derselben mußte vielmehr auf Codicille beschränkt werden, wie dies in den Worten: **In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes . . . debent adhiberi** geschehen ist. Auf diese Weise erklärt sich der in der Justinianeischen Redaction der **L. 8. §. 3.** cit. hervortretende Gegensatz zwischen Codicillen und Testamenten, während die Originalworte den vollständigen Parallelismus zwischen beiden in allen darin berührten Beziehungen durchführen. Forschen wir nun nach dem Grunde, welcher Justinian zur Wiederherstellung des früheren Rechtes bewogen hat, so können wir ihn nur darin finden, daß es bei dem bedeutenden materiellen Unterschiede zwischen Testamenten und Codicillen natürlich und wünschenswerth erschien, auch ein formelles Unterscheidungsmerkmal festzusetzen, soweit dies ohne Gefährde der Sicherheit des Verkehrs geschehen konnte. So wählte denn Justinian einen ihm durch die frühere Legislation dargebotenen Mittelweg zwischen der alten Formlosigkeit und der späteren reinen Uebertragung der Testamentsformalitäten auf die Codicille.

b) Eine zweite Modification besteht darin, daß Justinian die Worte: **nisi . . . possint jure testimonium perhibere** durch die Worte **debent adhiberi** mit dem Zusatze: **videlicet quando in scriptis voluntas componitur subnotationem suam accomodantibus** wiedergab. Die herrschende Ansicht in der Theorie, deren genauere Prüfung in §. **1513.** c. erfolgen wird, hat die-

ception der das ältere Recht enthaltenden S. 392. Note 32. angeführten Stellen.

sen Zusatz stets dahin ausgelegt, daß die Zeugen bei dem schriftlichen Codicille nur zu unterschreiben, nicht aber zu siegeln brauchten.

Nachdem wir auf diese Weise die Vergleichung beider Texte im Einzelnen durchgeführt haben, müssen wir uns jetzt zu der Auffassung der **L. 8. §. 3. C. cit.**, welche als die Hauptconstitution der Justinianeischen Legislation über die Form der Codicille betrachtet werden muß, im Großen und Ganzen wenden, um daraus den leitenden Grundgedanken über die Form für das praktische Recht zu construiren. Bis in die neueste Zeit hat man diese Constitution einstimmig sowohl auf Intestat- wie auf testamentarische Codicille bezogen [44]. Jetzt ist aber Bachofen a. a. O. S. 320. fg., ohne zu wissen, daß er an Clapproth [45] bereits einen Vorgänger hatte, mit der Behauptung aufgetreten, daß sie sich nur auf Intestatcodicille beziehe. Auf eine eigentliche Beweisführung hat er sich freilich gar nicht eingelassen. Er bemerkt eben nur, daß die Zuziehung von 5. Zeugen nur für die Intestatcodicille erforderlich sei; auf diese habe sich die Constantinische Gesetzgebung beschränkt, in deren Fußtapfen die Justinianeische getreten sei [46], so daß die Codicille, welche zu einem Testamente hinzuträten, auch ohne Zeugen vollkommen gültig seien. Diese Ansicht er-

44) Die Controverse: ob sie auch für bestätigte Codicille die qu. Form vorschreibe, muß dem §. 1513. f. vorbehalten bleiben.

45) von Testamenten u. s. w. §. 71. S. 247., indem dieser Schriftsteller hier unter einem „vor sich bestehendem Codicill" nach S. 244. Note c. gerade das Intestatcodicill versteht.

46) Bachofen scheint auch die **L. 7. §. 2. C. Th.** *h. t.* (S. 384.) nach der Bemerkung auf S. 318. Note 189. auf Intestatcodicille zu beschränken.

scheint indessen in jeder Beziehung unhaltbar. Sie hat zuvörderst schon die allgemeinen Worte: **in omni autem ultima voluntate, excepto testamento**, gegen sich, indem die testamentarischen Codicille, wenn sie auch als **pars testamenti**[47]) mit dem Testamente stehen und fallen, doch kein Testament sind, und folglich zu den **ultimae voluntates** im Gegensatze des Testamentes gehören; sodann aber insbesondere den Umstand, daß gerade die Constantinische Verordnung, die **L. 1. C. Th.** *h. t.* (S. **366.**), welche sich ausdrücklich nur auf Intestatcodicille beschränkte, nicht recipirt ist; es wird ferner dabei übersehen, daß die Legislation von **L. 2. C. Th.** *h. t.* (S. **382.** Note **14.**) an von dem Gedanken der in der Formlosigkeit der testamentarischen Codicille liegenden Gefahren geleitet wurde (S. **383.**), daß die **L. 7. §. 2. C. Th.** *h. t.* (S. **384.**) gerade diese Gefahr abwenden wollte, und endlich daß die **L. 8. §. 3. C. J.** *h. t.* (S. **393.**) nicht sowohl ein neuer Zusatz, als nur die Umarbeitung der **L. 7. §. 2. C. Th.** *h. t.* war, (S. **394.** fgg.) so daß Justinians Legislation, nicht wie Bachofen behauptet, in die Fußtapfen der Constantinischen, sondern dieser Theodosischen Verordnung getreten ist.

Schließen wir uns diesemnach der herrschenden Ansicht, welche die **L. 8. §. 3. C.** cit. sowohl auf Intestat- wie auf testamentarische Codicille bezieht an, so können wir in der bisherigen Literatur drei verschiedene Auffassungen dieser Constitution unterscheiden[48]). Nach der ersten ist die Codicillarform eine von der Testamentsform vollkommen abgesonderte, so daß die einzelnen Er-

47) Ueber die Frage: ob man auch die unbestätigten Codicille im Sinne der Quellen **pars testamenti** nennen könne? vgl. §. 1513. f.

48) Vgl. Danz in der lateinischen Abhandlung **p. 1. sq.** und in der deutschen S. 219. fg.

forderniſſe nur nach der L. 8. §. 3. C. cit., ohne jede Berückſichtigung der Teſtamentsformalitäten feſtzuſtellen ſind[49]). Nach der zweiten hat man ſich gleichfalls nur an die einzelnen Erforderniſſe der L. 8. §. 3. C. cit. zu halten, dieſe jedoch nach Analogie der Teſtamentsformalitäten zu behandeln. Nach der dritten und richtigſten Anſicht endlich ſind die Teſtamentsformalitäten geradezu auf die Codicille übertragen. Der oberſte Grundſatz lautet demnach:

Die Form der Codicille iſt gleich der Form der Teſtamente, ſoweit nicht eine Abweichung beſonders feſtgeſetzt worden iſt[50]).

Dieſer Grundſatz, deſſen beſte Empfehlung darin beſteht, daß uns mit demſelben eine ſichere Entſcheidungsquelle für die vielen einzelnen Controverſen in dieſer Lehre eröffnet wird, iſt in neueſter Zeit, nachdem die Schriftſteller über Cautelar-Jurisprudenz bereits vorangegangen waren[51]), zuerſt auf gründlich-überzeu-

49) Ich habe hier abſichtlich keine Literatur für die erſten beiden Anſichten angegeben, weil die früheren Schriftſteller ſich überhaupt auf die Reconſtruirung eines Principes nicht eingelaſſen haben, ihre Anſichten daher nur aus ihren ſpeciellen Entſcheidungen einzelner Controverſen zu erkennen ſind, und es deshalb gerathener erſcheint, die Literatur bei den einzelnen Controverſen in §. 1513 — §. 1513. g. anzuführen, zumal die älteren Schriftſteller ſich auch ſehr häufig die größten Inconſequenzen haben zu Schulden kommen laſſen.

50) Eine ſolche Abweichung findet ſich nur bei dem ſolennen Privatcodicille, und zwar hinſichtlich der Zahl der Zeugen, und nach der herrſchenden Anſicht hinſichtlich der signatio. Vgl. die Bemerkungen unter a. und b. auf S. 395 — 397.

51) So lehrt z. B. (v. Trützſchler) Anweiſung zur vor-

gende Weise von Danz in den beiden S. 339. Note 1. erwähnten Abhandlungen ausgeführt, und seitdem von der bei weitem überwiegenden Mehrzahl unserer Juristen als richtig anerkannt worden [52]). Mit directen Worten findet er sich freilich nirgends ausgesprochen; allein seine rechtliche Existenz läßt sich durch folgende Gründe bis zur Evidenz nachweisen.

Erstens entscheidet dafür das historische Element der Interpretation. Denn nach der in §. 1512. eben deshalb genauer vorgetragenen Geschichte der Form der Codicille in der zweiten Periode, hat die kaiserliche Gesetzgebung von Constantin an den Gedanken der Uebertragung der Testamentsformalitäten auf die Codicille Schritt vor Schritt verfolgt und zur Ausführung gebracht, bis er unter Theodosius II. mit L. 7. §. 2.

sichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze 2. Th. Leipzig 1786. 6. Hauptabth. 4. Hauptstück §. 11. S. 651. fgg. „In allen diesen Fällen (sc. bei den unbestätigten Codicillen) müssen alle diejenigen Solennien beobachtet werden, welche bei Testamenten erforderlich sind, nur daß bei außergerichtlichen Codicillen statt 7. Zeugen deren 5. ausreichen, und es der Ersuchung nicht bedarf.“ Dieses letztere, so wie die Ansicht Trützschlers über die Formlosigkeit der bestätigten Codicille ist freilich unrichtig, wie in §. 1513. und 1513. f. genauer ausgeführt werden wird.

52) v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. Buch §. 53. Puchta Pandekten §. 523. not. b. Marezoll Lehrbuch der Institutionen §. 222. Witte in Weiske's Rechtslexikon Art. Codicill 2. Bd. S. 680. Arndts ebendaselbst 6. Bd. S. 291. J. Christiansen Institutionen des römischen Rechts. (Altona 1843.) S. 738. Scheurl Lehrbuch der Institutionen (Erlangen 1850.) §. 204. Sintenis das prakt. gemeine Civilrecht 3. Bd. (Leipzig 1851.) S. 704.

i. f. C. Th. *h. t.* (S. 384.) vollendet ins Leben getreten war. Justinian hat die Theodosische Constitution recipirt (S. 393. fgg.) und damit den Parallelismus zwischen Testamenten und Codicillen anerkannt.

Zweitens wird er durch das systematische Element bewiesen. In dieser Beziehung ist von besonderer Wichtigkeit

a) Die Verordnung des Kaisers Justin über die letzten Willenserklärungen eines Blinden[53]). Nachdem nämlich der Kaiser darin die bekannten Formalitäten für die Testamente der Blinden vorgeschrieben hat, fährt er folgendermaaßen fort: **Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa et in summa, quae codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda.** Auch hier finden wir den Parallelismus zwischen Testament und Codicill selbst bei einem s. g. privilegirten Testamente vollständig durchgeführt, und zwar nicht als eine Singularität in befehlenden Worten, sondern als eine natürliche Folge der vorhergehenden Bestimmungen über die Testamentsformalitäten anerkannt[54]).

b) Daß die in L. 8. §. 3. C. J. *h. t.* wörtlich enthaltenen Formalitäten, bis auf die Zahl der Zeugen, mit den entsprechenden Testamentsformalitäten ganz übereinstimmen, wie bei der Rogation in §. 1513., der Einheit der Handlung in §. 1513. b. und bei der Unterschrift der Zeugen in §. 1513. c. genauer nachgewiesen werden wird;

c) In der von Justinian selbst herrührenden L. 28. C. *de testamentis* (VI. 23.) vom 27. März 530., deren genauere Erklärung in §. 1513. b. und c.

53) L. 8. C. *qui testamenta* (VI. 22.) Vgl. S. 390. Note 29.

54) Siehe insbesondere Danz a. a. O. S. 229. fg.

nachfolgen wird, werden Testament und Codicill hinsichtlich des Erfordernisses der Einheit der Handlung und der Unterschrift des Erblassers ganz nach den nämlichen Grundsätzen behandelt. Dies ist namentlich rücksichtlich des letzteren Punktes so wichtig, weil wir daraus mit Bestimmtheit ersehen, daß Justinian, indem er bei der Redaktion der **L. 8. §. 3. C.** *h. t.* Testament und Codicill in Gegensatz stellte, dies nur wegen der nothwendigen Zahl der Zeugen that, daß er aber nicht gesonnen war, den in der Originalconstitution zu Grunde liegenden Parallelismus zwischen Testament und Codicill in den übrigen Punkten aufzuheben, und auf diese Weise für Codicille eine neue Form im Sinne der oben angeführten ersten beiden Auffassungen zu schaffen. Die in **L. 8. §. 3. C.** cit. hervorgehobenen einzelnen Formalitäten der Codicille können nach dieser Constitution nur als Repräsentanten der gesammten Testamentsformalitäten betrachtet werden, gerade wie wir auch oben schon Stellen kennen gelernt haben, wo das Erforderniß der Unterschrift der **7.** resp. **5.** Zeugen als der concentrirte Inbegriff der sämmtlichen Testamentsformalitäten betrachtet werden mußte. Denn hätte Justinian die Formalitäten der Codicille wirklich nur auf die in **L. 8. §. 3.** cit. ausdrücklich hervorgehobenen einzuschränken die Absicht gehabt, so konnte er die darin gar nicht erwähnte Unterschrift des Erblassers auch nicht als ein nothwendiges Erforderniß der Gültigkeit betrachten, wie es doch von ihm in **L. 28. § 1. C.** cit. geschieht, wo er von der Voraussetzung ausgeht, daß rücksichtlich der Unterschrift des Erblassers für Testamente und Codicille die nämlichen Vorschriften existirt hätten, und deshalb auch seine Neuerung in diesem Punkte gleichmäßig auf Testamente und Codicille erstreckt, wie in **§. 1513. c.** genauer nachgewiesen werden wird.

d) Hiezu kommt endlich als ein allgemeinerer, aus dem systematischen Elemente entlehnter Grund unterstützend noch hinzu, daß die Annahme einer gänzlich isolirten positiven Form im höchsten Grade unnatürlich erscheint, wo die Zurückführung einer neu vorgeschriebenen und kurz angedeuteten Form auf eine schon bekannte so nahe liegt, und durch den Gesetzgeber selbst so nahe gelegt ist, wie in dem vorliegenden Falle[55]).

Mit dem bisher gewonnenen Resultate scheint indessen der bereits erwähnte Schlußparagraph (§. 3.) des Institutionentitels über die Codicille:

Codicillos autem etiam plures quis facere potest[56]), et nullam solennitatem ordinationis desiderant

im schneidenden Widerspruche zu stehen, weil hier die Formlosigkeit der Codicille als praktisch geltendes Recht vorgetragen und anerkannt zu sein scheint. Es kann daher nicht Wunder nehmen, daß derselbe die verschiedenartigsten Deutungen erfahren hat. Wollen wir dieselben classificiren, so können wir sie unter folgende zwei Kategorien bringen. Die erste Gruppe der Erklärer bezieht die qu. Worte wirklich auf die Formlosigkeit der Codicille, sucht dies aber auf die verschiedenste Weise zu erklären und mit dem Rechte des Codex in Uebereinstimmung zu bringen. G. L. Böhmer[57]) will die fraglichen Worte vermöge einer Restrictivinterpretation auf die bestätigten Codicille beschränken. Diese Ansicht

55) Vgl. die Bemerkungen v. Savigny's bei Gelegenheit einer ähnlichen Controverse im 4. Th. des Systems des heutigen röm. Rechts. S. 263.

56) Ueber diesen ersten Theil der Stelle vgl. §. 1511. S. 137. fgg.

57) Praefat. ad *J. H.* Boehmeri Exercit. ad Pand. T. V. p. XXIV. sq.

fällt indessen, abgesehen davon, daß in dem ganzen Institutionentitel die Eintheilung in bestätigte und unbestätigte Codicille gar nicht erwähnt wird, dadurch über den Haufen, daß auch die bestätigten Codicille, nach den Ausführungen in §. 1513. f. der gewöhnlichen Codicillarform unterliegen. E. v. Otto[58]), Thaddäus Müller[59]) und insbesondere Chr. Rau[60]), welchem sich auch A. D. Weber[61]) anzuschließen scheint[62]), nehmen an, daß die Codicille zur Zeit der Abfassung der Institutionen wirklich formlos gewesen seien, indem die **L. 8. §. 3. C. cit.** ein erst in die **repetita praelectio** des Codex vom J. 534. aufgenommener Zusatz von Justinian gewesen sei. Rau hat dies insbesondere dadurch noch näher zu begründen gesucht, daß die **L. 1. C. Th.** *h. t.* (S. 366.) keineswegs eine Form für alle Intestatcodicille, sondern nur für solche, welche eine Erbeinsetzung enthalten würden, vorgeschrieben habe, daß Justinian in dem **vetus codex** aber auch nicht einmal dies recipirt habe, weil er die Zulässigkeit einer Erbeinsetzung in einem Codicille verworfen, und deshalb die ältere **L. 7. C. J.** *h. t.* recipirt habe. Die völlige Unbegründetheit dieser von Jac. Gothofredus entlehnten Argumenta-

58) Commentar. ad Instit. ad §. 3. J. *h. t.* (Francof. et Lips. p. 351.)

59) Systema Pandectarum. Mannh. 1785. T. I. §. 242. p. 216.

60) in dem S. 339. Note 1. angeführten Programme, insbesondere p. 14. sqq.

61) In der Note 1. zu §. 626. des Höpfnerschen Institutionencommentares.

62) Eventuell ist diese Ansicht auch in einem Facultätserkenntnisse in v. Nettelbladts Rechtssprüchen des Oberappellationsgerichts in Parchim 4. Bd. S. 90. adoptirt. Vgl. Note 70.

tion ist indessen bereits oben S. 372. zur Genüge nachgewiesen worden. Es läßt sich aber auch geradezu der Beweis führen, daß die Codicille zur Zeit der Abfassung der Institutionen keineswegs zu den formlosen letzten Willenserklärungen gehörten. Wir besitzen nämlich 3. Justinianeische Verordnungen aus den Jahren 530. und 531.[63]), in welchen die Nothwendigkeit der Zuziehung von 5. Zeugen zu dem gemeinen Privatcodicille auf eine solche Weise und so übereinstimmend erwähnt wird, daß die Annahme einer erst bei Ausarbeitung der **repetita praelectio** des Codex im J. 534. vorgenommenen Interpolation dieser Constitutionen im höchsten Grade unwahrscheinlich genannt werden muß. Der Auftrag zur Abfassung der Institutionen wurde aber, nach Justinians eigener Angabe[64]), erst nach der Vollendung der Pandekten, also gegen Ende des J. 533. ertheilt. Nach den erwähnten Constitutionen vom J. 530. und 531. müssen im J. 533. die Codicille wirklich schon der gedachten Codicillarform unterworfen gewesen sein, und die **L 8. §. 3. C. cit.** muß also wirklich schon in dem **vetus codex** gestanden haben. Zweitens aber haben diese Juristen, was insbesondere Otto, als dem Commentator der Institutionen, zum nicht geringen Vorwurfe gereicht, eine Stelle der Institutionen selbst, nämlich **§. ult. J.**

63) Es sind dies: L. 28. §. 1. C. *de testam.* (VI. 23.) vom 27. März 530. L. 1. §. 1. 2. C. *de latin. libert. toll.* (VII. 6.) vom 1. Nov. 531. L. ult. C. *de fideic.* (VI. 42.) vom 27. Nov. 531. — Ueber das Datum dieser beiden letzten Constitutionen siehe v. Buchholtz in Sell's Jahrbüchern 2. Bd. S. 139. Note 125. und 126. — Vgl. auch noch L. ult. C. *de mort. caus. donat.* (VIII. 57.) vom 14. Sept. 530.

64) Prooem. Inst. §. 3. und 4.

de fideic. heredit. (**II. 23.**) übersehen, in welcher die Worte vorkommen: neque ex quinque testium numero, „qui in fideicommissis legitimus esse noscitur." Durch diese Worte wird die besprochene Ansicht zu einer Unmöglichkeit.

Eine dritte Partei[65]) sieht in den erwähnten Worten nur die gedankenlose Beibehaltung der Worte eines älteren Juristen. Eine solche grobe Gedankenlosigkeit können wir indessen den Compilatoren um so weniger Schuld geben, da sie in dem nur durch einen kurzen Zwischentitel getrennten, voraufgehenden und so eben angeführten §. ult. **J.** *de fideic. heredit.* (**II. 23.**) den Rechtssatz, daß Fideicommisse vor 5. Zeugen errichtet werden mußten, ausdrücklich vorgetragen hatten. Noch weniger haltbar ist aber die Behauptung Burchardi's[66]), daß die Compilatoren den §. **3. J.** cit. aus **L. 6. §. 1. D.** *h. t.* (S. 340.) entlehnt hätten, und daß die Worte: et nullam solennitatem ordinationis desiderant nur eine gedankenlose Abkürzung (also eine Interpolation) der richtigen Bemerkung Marcians: et ipsius manu neque scribi neque signari necesse est seien[67]).

65) *Reinh.* BACHOVIUS Comment. in Inst. ad §. 3. J. *h. t.* s. v. nullam solennitatem. VINNIUS Comment. ad §. 3. cit. *Em.* DUNIUS l. c. p. 152. Westphal a. a. O. 2. Th. §. 1893. S. 1309. Konopak Institutionen §. 383. S. 262. not. 9. Hunger das römische Erbrecht. Erlangen 1833. S. 336. Roßhirt a. a. O. S. 21. Note 1. Siehe auch Höpfner im Institutionencommentare §. 626. Note c. Auch Schweppe römische Rechtsgeschichte 2. Auflage §. 494. S. 715. nennt diese Ansicht wenigstens eine wahrscheinliche.

66) Lehrbuch des römischen Rechts 2. Th. 4. Abth. §. 321 S. 1036. Note 4.

Die zweite Gruppe der Erklärer bezieht die fraglichen Worte nicht auf die Formlosigkeit der Codicille, sondern sucht denselben vielmehr einen anderen Sinn unterzulegen. Die erste Partei erblickt deshalb in den angeführten Worten nur die Negation der Testamentssolennitäten. Diese schon in der Glosse[68]) sich vorfindende Ansicht ist insbesondere auf die Auctorität von H. Donellus[69]) von mehreren Schriftstellern adoptirt[70]). Donellus selbst erläutert die Worte: **et nullam solennitatem ordinationis desiderant** durch den Zusatz: **plenam et perfectam qualis desideratur in testamentis.** Joh. Harpprecht[71]) erklärt das Wort **nullam** in diesem Sinne durch **perexiguam**, und Malblanc[72]) schiebt

67) Burchardi ist offenbar zu dieser Ansicht dadurch verleitet, daß gerade in der Stelle des Marcian auch die Worte: **Codicillos et plures quis facere potest** vorkommen. Allein die Worte: **et nullam solennitatem ordinationis desiderant** sind so ganz dem Rechte der 1. Periode anpassend, daß sie gewiß auch von einem classischen Juristen herrühren. Die Unrichtigkeit der Ansicht Burchardi's geht übrigens auch mit Evidenz aus der nachher im Texte folgenden Stelle des Theophilus hervor.

68) **Gloss. Accurs. Et nullam ad §. 3. J.** ***h. t.***

69) **Comment. de jure civili Lib. VII. Cap. 19. nr. 8.**

70) ***Just.*** **Meier Colleg. Argent. h. t. th. 14. Schilter Praxis juris romani Exerc. 38. §. 185.** ***Jo.*** **Voet Comment. in Pand.** ***h. t.*** **nr. 1.** Bucher System der Pand. 3. Aufl. §. 413. S. 541. Note 1. v. Nettelbladt Note 62. cit. Höpfner im Institutionencommentar läßt dem Leser die Wahl zwischen dieser und der bei Note 65. erwähnten. Auch Schweppe Note 65. cit. recurrirt wenigstens eventuell auf diese Ansicht.

71) **Comment. in Inst. ad §. 3. J.** ***h. t.*** **nr. 7.**

das Wörtchen fere zwischen nullam und solennitatem ein. Zu solchen Restrictivinterpretationen fehlt es indessen an jedem äußeren Anhaltspunkte, und Justinian konnte so etwas um so weniger behaupten, da die Form der Codicille nach unserem obigen Grundsatze, bis auf die Zahl der Zeugen, gerade vollständig mit der Form der Testamente übereinstimmt. Eine zweite fast eben so verbreitete Ansicht [73]) bestand ferner darin, daß die Codicille keine solennitas ordinationis, wie die Testamente, sondern nur eine solennitas probationis erforderten, so daß in den Institutionen mithin nur die solennitas ordinationis in Abrede gestellt wurde. Allein diese Unterscheidung scheitert schon daran, daß die Gesetze nur einen Unterschied zwischen Solennitäts- und Beweiszeugen kennen [74]), und beruht außerdem auf der unhaltbaren Idee, daß die Codicillarform eine von der Testamentsform ganz isolirte sei, welche man deshalb als eine solennitas probationis bezeichnete, weil hier die materielle Rücksicht auf Sicherheit des künftigen Beweises vorherrsche [75]).

72) Principia juris T. II. §. 729.

73) *Matth.* WESEMBECII Paratitl. ad Dig. *h. t.* nr. 4. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. h. t. th. 6. STRUV Syntagm. jur. Exerc. 34. Th. 58. not. *a.* HEINECCIUS ad VINNII Comment. in Inst. ad h. §.; ferner die Institutionencommentare von MERILLIUS und *Janus a* COSTA ad h. §. Vgl. auch *Fr.* DUARENI Comment. ad h. t. (in Opp. Francof. 1592. p. 478. und Bachofen a. a. O. S. 389., siehe oben S. 369. Note 88.

74) Vgl. L. 20. §. 6. D. *qui test. facere* (XXVIII. 1.) L. 18. D. *de testibus* (XXII. 5.)

75) Von diesem Unterschiede der Neueren zwischen solennitas ordinationis und probationis muß in §. 1513. a. noch genauer gehandelt werden.

Eine dritte Partei[76]) bezieht endlich den Ausdruck solennitas ordinationis nicht auf die äußere, sondern auf die innere Form, und legt demgemäß den fraglichen Worten den Sinn unter, daß die Codicille keine bestimmte Reihenfolge für die einzelnen darin zu treffenden Verfügungen verlangten. Diese Partei hat an der Paraphrase des Theophilus[77]) gewissermaaßen eine authentische Interpretation für sich, und deshalb nehme ich keinen Anstand mich für dieselbe zu erklären, da nach der vorliegenden Aeußerung des Theophilus jede andere Erklärung zu einer Unmöglichkeit wird, wenn nicht etwa Jemand behaupten wollte, daß er besser wisse, was die Redactoren der Institutionen gemeint hätten, als einer der Mitredactoren selbst[78]). Theophilus äußert sich nämlich folgendermaaßen: Γινομένων δὲ κωδικέλλων οὐδεμίαν ἐπιζητοῦμεν τάξιν ἐπὶ τῇ τούτων γραφῇ ὥσνερ ἐπὶ τῆς διαθήκης λέγομεν προηγεῖσθαι τὴν ἔνστασιν· καὶ

76) **Danz** dissert. p. 43. v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2. Th. §. 526. a. E. S. 453. Auch Hunger not. 65. cit. erwähnt wenigstens den Theophilus. — Struv. Syntagm. not. 73. cit. und Meno Valett Lehrbuch des prakt. Pandektenrechts 3. Th. §. 1110. S. 365. Note 55. und Schrader not. 78. cit. beziehen die Stelle auf die Wortfassungen.

77) Paraphr. Graec. ad §. 3. J. de codic. (II. 25.)

78) Schrader in der großen Institutionenausgabe s. v. nullam solennitatem verwirft die Erklärung des Theophilus wegen §. 20. J. *de leg.* (II. 20.), und bezieht den §. 3. cit. darauf, daß die Codicille nach Isidors Definition (s. oben S. 25.) keine solennitas verborum erforderten. Allein da auch die Testamente zu Justinians Zeiten keine solennitas verborum mehr erfordern, so bietet diese Erklärung nicht den mindesten Vorzug vor der des Theophilus, und muß ihr daher nachgesetzt werden.

οὔτι μόνοι πέντε μάρτυρες ἀρκοῦσι[79]), d. h. nach Reitz Uebersetzung: **In faciendis autem codicillis nullam requirimus ordinem in scriptura eorum, sicut in testamento dicimus praecedere institutionem. Et hic soli quinque testes sufficiunt.** Dadurch verschwindet nun jeder Widerspruch der Institutionen mit dem Rechte des Codex, und das Räthsel ist auf die einfachste Weise gelöst. Ich verkenne dabei allerdings nicht, daß das Wort ordinatio hier in einem außergewöhnlichen Sinne aufgefaßt wird[80]), und daß wir durch diese Aeußerung der Redactoren leicht zu der Annahme verleitet werden können, daß bei einem Testamente noch nach Justinianeischem Rechte die Beobachtung einer bestimmten Reihenfolge hinsichtlich der einzelnen Verfügungen nothwendig sei, daß namentlich die Erbeinsetzung der Anordnung von Vermächtnissen voraufgehen müsse. Allein diese Bedenklichkeiten müssen in den Hintergrund treten, da wir nun einmal durch Theophilus bestimmt und genau wissen, was die Compilatoren der Institutionen mit den fraglichen Worten sagen wollten, und da dieses an und für sich vollkommen wahr und richtig ist. Denn gegen die Richtigkeit des Rechtssatzes, daß die Codicille keine bestimmte Reihenfolge hinsichtlich der einzelnen Anordnungen verlangen, läßt sich an und für sich gar nichts einwenden. Gegen die Annahme aber, daß dies noch nach

79) Zu den Worten καὶ ὅτι muß man mit Gavellius ἰστέον suppliren, wenn man die Stelle nicht für lückenhaft erklären will. S. *G. O.* Reitz in seiner Ausgabe des Theophilus not. s. i. f. ad h. §. p. 514.

80) Danz l. c. p. 43. will freilich den Ausdruck ordinare gerade auf die innere Form beschränken. Allein in den von ihm citirten Stellen: **L. 8. C.** *qui testamenta* (VI. 22.) und **L. 6. C.** *in quib. causis pignus* (VIII. 15.) hat der Ausdruck ordinare ganz seine ge-

Justinianeischem Rechte eine Eigenthümlichkeit der Codicille, und daß bei Testamenten die Beobachtung einer bestimmten Reihenfolge nothwendig sei, waren aber die Leser der Institutionen und die Zuhörer des Theophilus durch den §. 20. J. *de legatis* (II. 20.) und dessen Erklärung hinlänglich geschützt[81]).

Aus unserem obigen Grundsatze ergiebt sich nun weiter, daß hinsichtlich der Form bei den Codicillen die nämlichen Arten und Eintheilungen vorkommen müssen, wie bei den Testamenten. Die neueren Juristen theilen daher auch die Codicille in öffentliche und Privatcodicille (**codicilli publici** und **privati**), und die letzteren wiederum in gemeine oder solenne und privilegirte (**codicilli communes** und **privilegiati**)[82]), so wie in schriftliche und mündliche (**codicilli scripti** und **nuncupativi**) ein. Der Ausdruck „mündliche Codicille" ist uns durch einen feststehenden Sprachgebrauch so geläufig geworden, daß wir den in demselben liegenden Widerspruch, weil das Wort Codicill vermöge seiner Etymologie eine Urkunde bedeutet, kaum mehr gewahr werden[83]). Zur Zeit der juristischen Classiker war dieser Ausdruck auch völlig unbekannt, so daß wir in allen Stellen der Pandekten, wo

wöhnliche allgemeine Bedeutung, in welcher er sich sowohl auf die äußere wie auf die innere Form bezieht.

81) Siehe überhaupt die Beweisstellen über diese Reihenfolge nach antejustinianeischem und Justinianeischem Rechte in §. 1511. b. S. 214. Note 71.

82) Von den öffentlichen und privilegirten Codicillen wird in §. 1513. e. genauer gehandelt werden.

83) Auf diesen Widerspruch machen ausdrücklich aufmerksam Höpfner im Institutionencommentare §. 623. und Witte a. a. O. S. 679. Note 59. Vgl. auch Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3. Th. 2. Abth. §. 784. S. 24. fg.

der Ausdruck Codicill vorkommt, immer an eine Urkunde denken müssen. **Anton Faber**[84]) hat daher, obgleich er deshalb vielfach angegriffen worden ist, mit vollkommnem Rechte die Existenz eines mündlichen Codicills zur Zeit der juristischen Classiker in Abrede gestellt. Man wendet dagegen zwar ein, daß ja nach mehreren Stellen Fideicommisse auch mündlich errichtet werden konnten[85]). Allein daraus folgt einmal keineswegs, daß auch alle übrigen letztwilligen Verfügungen, wie z. B. die vormundschaftlichen Anordnungen, auf gültige Weise mündlich hätten errichtet werden können[86]), und zweitens noch viel weniger, daß die juristischen Classiker eine solche mündliche letztwillige Verfügung jemals ein Codicill genannt hätten. Das Gegentheil geht vielmehr nicht nur aus der Etymologie des Wortes und der Definition des **Isidor** (s. oben S. 25.), sondern auch aus dem Umstande hervor, daß die römischen Juristen sich gerade in den Note 85. angeführten Stellen niemals des Ausdruckes Codicill bedient haben. Für die diesseitige Behauptung können auch die Worte des **Ulpian** in einer in §. 1513 e. und §. 1514. noch genauer zu berücksichtigenden Stelle[87]) benutzt werden: **quemadmodum ple-**

84) Error. pragm. Dec. 69. Err. 9. Vgl. auch die in Note 92. angeführte Stelle aus Giphanius.

85) Auf ein **mündliches** Singularfideicommiß, welchem das Fideicommiß durch Zeichen natürlich gleichsteht, beziehen sich L. 39. §. 1. D. *de leg. III.* (S. 349. fgg.) L. 5. §. 1. i. f. D. *de re judicata* (XLII. 1.) L. 21. pr. D. *de leg III.* Ulpiani *Fragm.* Tit. XXV. §. 3. L. 22. C. *de fideicom.* (VI. 42.) Von einem mündlichen Universalfideicommisse handelt L. 5. C. *ad S. C. Trebell.* (VI. 49.)

86) Das Genauere hierüber muß ich auf §. 1513. g. versparen.

rique pagani solent, cum testamenti[88]) faciunt per scripturam, adjicere, velle hoc etiam vice codicillo-

87) L. 3. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.)

88) Nach der Lesart: testamenti der Florentina würde der Ausdruck perscripturam, wie dies auch in den neueren Ausgaben des Corp. jur. geschieht, als ein Wort in dem Sinne von scriptura aufzufassen sein. Allein diese Lesart muß entschieden verworfen werden, nicht bloß weil das Wort perscriptura sonst niemals vorkommt, sondern insbesondere weil das folgende: velle hoc . . valere nur auf ein voraufgehendes Neutrum, nicht aber auf ein Femininum (perscriptura) bezogen werden kann. Statt testamenti möchte daher mit den älteren Ausgaben testamentum zu lesen sein, indem der Ausdruck testamentum facere per scripturam auch anderwärts vorkommt, vgl. z. B. L. 20. §. 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) und der Gegensatz sine scriptura letztwillig verfügen, namentlich ein Fideicommiß hinterlassen, sich in der L. 5. §. 1. D. *de re judicata* (XLII. 1.) und in den beiden in Note 85. citirten Rescripten von Diocletian und Maximian vorfindet, so wie in L. 20. §. 3. D. *fam. herc.* (X. 2.) von einem sine scriptura bona dividere geredet wird. — Brencmann in Note 18. der Gebauer'schen Ausgabe zu dieser Stelle schlägt die Lesart: testamenti faciunt scripturam oder testamenta faciunt per scripturam vor. Keinenfalls zu billigen ist es, wenn Haloander liest: cum testamentum faciunt, per scripturam adjicere u. s. w, da das Komma entschieden nicht hinter faciunt, sondern hinter scripturam gehört. Vgl. L. 20. §. 1. D. cit. — Von den neuern lateinischen Wörterbüchern haben Gesner, Scheller und Forcellini das Wort: perscriptura, gestützt auf unsere Stelle, als ein ἅπαξ λεγόμενον aufgenommen. In den juristischen Wörterbüchern von Bris-

rum valere. Denn Ulpian fügt hier offenbar absichtlich den Zusatz: per scripturam hinzu, weil die Worte vice codicillorum valere bei einem mündlichen Testamente nicht gebraucht werden konnten [89]), indem es ein mündliches Codicill überall nicht gab. Ein solches kann vielmehr erst von dem Momente an datirt werden, wo die Codicille zu solennen letzten Willenserklärungen erhoben, und dabei die in der gehörigen Form erfolgten mündlichen Aeußerungen den schriftlichen ganz gleichgestellt wurden [90]), indem nun eine mündliche Aeußerung in allen Beziehungen die Stelle einer schriftlichen vertreten konnte. Nichts desto weniger wurde der Ausdruck codicilli auch noch damals und in der späteren Zeit vorzugsweise von Urkunden gebraucht [91]). Justinian spricht indessen in einer Stelle geradezu und direct von codicillis sine scriptis

sonius, Vicat Vocabularium juris und Heumann Handlexikon zum Corp. jur. civ. ist dasselbe dagegen ausgelassen. Dirksen Manuale latinitatis s. v. perscriptura führt dasselbe allerdings auf, bemerkt dabei aber nur die abweichende Lesart Haloanders.

89) Der Erblasser konnte in diesem Falle freilich durch Fideicommißworte bewirken, daß der Inhalt des Testamentes von den, aber nicht aus diesem Testamente succedirenden Personen eventuell vi fideicommissi aufrecht erhalten wurde, so weit dies durch mündliche Anordnungen geschehen konnte.

90) Siehe die Erklärung der L. 1. C. Th. *h. t.* auf S. 366. fgg. und der L. 7. §. 2. i. f. C. Th. *eod.* auf S. 386. Note 24.

91) Siehe z. B. gerade die L. 1. C. Th. *h. t.* selbst; ferner die von Justinian herrührende L. 28. pr. C. *de testam.* (VI. 23.) wo testamentum, codicillus und ultima quaedam dispositio neben einander gestellt sind.

habitis[92]), und so hat denn auch die neuere Jurisprudenz an dem Ausdrucke „mündliches Codicill" keinen weiteren Anstoß genommen, zumal ein technischer Ausdruck für diese Art letztwilliger Verfügungen allerdings in hohem Grade wünschenswerth war.

Zum Beschlusse dieses Paragraphen haben wir endlich noch das Verhältniß der Notariats-Ordnung K. Maximilian I. vom J. 1512. zu dem römischen Rechte zu prüfen. Diese enthält in dem Titel von Testamenten nur folgende zwei Bestimmungen über die Codicille, nämlich zuerst in §. 2.:

„Und sollen die Notarien Aufmerkung haben, daß nach Kaiserlichen Rechten, zu Aufrechthaltung aller und jeder jetzt erzählten Testamenten, aufs mindst sieben Zeugen nöthig sind, zu denen der Notarius auch gezählt wird: aber in Codicillen, nehmlich darinen einem außerhalb Ansetzung oder Machung anderer Erben, etwas nach eines Tod, von desselben Erben zu reichen und zu empfahen gesetzt, vermacht, verlassen, oder zu treuen Händen befohlen wird, oder in Uebergaben, so von Todeswegen geschehen: Item und auf dem Gau, wo Bauersleute Testament machten, und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, aufs mindst fünf Zeugen: Aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen, in dem Falle, da kein ander ihr

92) In L. 3. pr. C. *de bonis libert.* (VI. 4.) spricht Justinian von Freiheitsertheilungen „quae ex testamento vel codicillis scriptis vel sine scriptis habitis proficiscuntur." Hier muß die letzte Eintheilung nothwendigerweise auch mit auf die Codicille erstreckt werden. Vgl. auch L. 13. C. *de S. S. ecclesiis* (I. 21.) von Valentinian und Marcian. — Der Ausspruch des *Hub.* Giphanius Explan. legg. difficil.

Testament, zuvorgemacht, abgethan würde: oder von Rittern, die zu Feld, und doch nicht im Streit wären, da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween Zeugen; Aber die Ritter, die in Uebung des Streits sind, mögen ihr Testament machen, ohne alle Solennität oder Form, und wie sie wollen: aber die Ritter, so nicht in solcher Uebung und Streit, noch auch zu Felde liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen"

und sodann in §. 11.

„Es ist auch nicht allein in einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten."

Daß die Notariatsordnung, welche im Anfange des §. 2. geradezu auf die kaiserlichen Rechte verweist, in diesen abgedruckten Stellen keine Neuerung hinsichtlich der Codicille hat einführen wollen, kann als völlig ausgemacht angesehen werden. Es kann ihr aber auch der Vorwurf nicht gemacht werden, daß sie hier das römische Recht irrthümlich wiedergegeben habe. Wir müssen vielmehr im Gegentheil geradezu sagen, daß sie hier mit den bisher gewonnenen Resultaten des römischen Rechts ganz und gar im Einklange steht, und daß auch aus ihr der Grundsatz abzuleiten ist, daß die Codicille hinsichtlich der Form, abgesehen von der Zahl der Zeugen, im Uebrigen den Testamenten ganz gleich gestellt sind. Denn die Bestimmungen über die Codicille werden hier nicht bloß mitten zwischen den Testamenten vorgetragen, sondern es wird auch, da die Bestimmungen über Codicille und das s. g. **testamentum ruri conditum**, vermöge der Uebergangsworte: „Item und auf dem Gau" u. s. w.

Cod. ad L. 8. §. 3. C. *h. t.* T. II. p. 131. „codicilli numquam sine scriptura fiunt" ist demnach für die ältere Zeit richtig, für die neuere aber unrichtig.

sogar in einen und denselben Satz zusammengestellt sind, dadurch der Parallelismus zwischen Testament und Codicill so deutlich als möglich anerkannt. Derselbe wird sodann in §. 11. nochmals ausdrücklich in der einzelnen Anwendung auf das Codicill des Blinden durchgeführt. Man könnte zwar hiergegen einwenden, daß in §. 2. nur von der Zahl der Zeugen geredet werde, daß mithin die übrigen Formalitäten, Rogation der Zeugen, Einheit der Handlung u. s. w. nicht erforderlich seien. Man könnte für diesen Einwand insbesondere geltend machen, daß die Requisite in §. 3 — 10. ausdrücklich besprochen, daß dabei aber immer nur die Testamente hervorgehoben würden. Diese letztere Thatsache hat nun allerdings ihre Richtigkeit. So wird in §. 3., aber immer nur mit Rücksicht auf die Testamente, die Rogation der Zeugen, in §. 4. ein einzelnes Requisit der activen Testamentifaction, in §. 5. die Vorlesung der Notariatsurkunden, in §. 6. die Qualität der Zeugen, in §. 7. die Form des schriftlichen Testamentes insbesondere, in §. 8. die des mündlichen, in §. 9. die Form des Testamentes eines Blinden, und in §. 10. die Untersiegelung abgehandelt, während in §. 12. die s. g. **sanctio** gegen Uebertretung dieser Vorschriften hinzugefügt wird. Allein gegen diesen Einwand spricht zuvörderst schon der Umstand, daß wir dann auch nicht einmal mehr die in **L. 8. §. 3. C.** *h. t.* und **L. 28. C.** *de testam.* **(VI. 23.)** für die Codicille namentlich vorgeschriebenen Formalitäten zur Anwendung bringen könnten, und daß dann durch die Notariatsordnung wirklich eine Neuerung eingeführt worden wäre. Diese ganze Argumentation stürzt indessen dadurch vollständig zusammen, daß mehrere der von §. 3. an abgehandelten Requisite vermöge des **argumentum ab absurdo** gar nicht als Eigenthümlichkeiten der Testamente betrachtet werden können, sondern nothwen-

digerweise mit auf die Codicille erstreckt werden müssen. Dahin gehört zuerst die Vorschrift in §. 4.: „Es gehört zu einem jeden Testament, daß der oder die so Testament machen, mit verständlichen Worten reden oder aber schreiben können; denn welcher deren keines könnte, der wird darinnen einem Todten gleich geachtet, und mag kein Testament machen.“ Denn es wird doch unmöglich Jemand im Ernste behaupten wollen, daß eine solche Person nach dem Wortlaute der Notariatsordnung nur kein Testament, wohl aber ein Codicill errichten könne. Dahin gehören ferner, wo möglich mit noch stärkerer Nothwendigkeit, die Bestimmungen in §. 5. über das Vorlesen der Notariatsurkunde, und in §. 8. über die Form des mündlichen Testaments. Hieraus ergiebt sich denn klar, daß der Gesetzgeber, indem er in den gedachten Paragraphen ausdrücklich nur die Testamente hervorhob, dabei keineswegs die Absicht hatte, für die Codicille das Gegentheil anzuordnen, daß er vielmehr hinsichtlich derselben es ganz bei dem bisherigen Rechte bewenden lassen wollte, und daß er die Uebertragung dieser Paragraphen auf die Codicille, vermöge des in §. 2. und §. 11. angedeuteten und ausgesprochenen Parallelismus zwischen Testamenten und Codicillen, als etwas sich von selbst Verstehendes vorausgesetzt hat[93]).

§. 1513.

Die einzelnen Controversen über die Form der solennen Privatcodicille. — Streitfrage über die Rogation der Codicillarzeugen[94]).

Nach Aufstellung und Begründung des leitenden Grundsatzes über die Form der Codicille haben wir nun-

93) Ueber die Notariatsordnung vergleiche auch die Ausführungen in der deutschen Abhandlung von Danz S. 244—246.

94) Diese Streitfrage ist bereits von Mühlenbruch im

mehr die einzelnen Streitfragen in dieser Lehre genauer in's Auge zu fassen. Dieselben sind in dem gegenwärtigen Paragraphen so vertheilt, daß in §. 1513 — 1513. d. mit den Streitfragen über die Form der solennen Privatcodicille begonnen, und nach Erledigung der Erörterungen über die öffentlichen und privilegirten Codicille in §. 1513. e. und der Streitfrage über die Form der bestätigten Codicille in §. 1513. f., mit der Feststellung des Verhältnisses der **L. 8. §. 3. (L. ult. §. ult.) C.** *h. t.* zu den übrigen noch vorkommenden Formen der letzten Willenserklärungen in §. 1513. g. geschlossen wird [95]. Bei der Behandlung der einzelnen Streitfragen wird natürlich das Hauptbestreben auf die Herstellung des Beweises gerichtet sein, daß, soweit sich besondere Anhaltepunkte für die Beantwortung der einzelnen Streitfragen in den Quellen vorfinden, dieselben vollständig mit dem oben aufgestellten leitenden Grundsatze übereinstimmen. Denn es darf nicht übersehen werden, daß wir an dem gedachten Grundsatze (§. 1512. a. S. 399.) bereits eine sichere Norm zur Entscheidung der einzelnen Streitfragen besitzen.

Wenden wir uns demnach zuerst zu dem solennen Privatcodicille, so lassen sich die dem mündlichen wie dem schriftlichen gemeinsamen formellen Erfordernisse desselben, von welchen zunächst in §. 1513 — §. 1513. b. gehandelt werden soll [96], vermöge des in unserem leitenden Grund-

38. Th. des Commentars §. 1429. S. 286. fgg. vorläufig kurz berührt, indem er wegen der ausführlichen Erörterung in Note 1. auf den gegenwärtigen Paragraphen verweist.

95) Die Zweckmäßigkeit dieser Anordnung, namentlich die Stellung der §§. 1513. f. und g. wird sich aus dem Verlaufe der Untersuchungen ergeben.

96) In §. 1513. c. werden die Controversen über die Form

satze enthaltenen Parallelismus zwischen Testament und Codicill übersichtlich folgendermaaßen feststellen: Das solenne Privatcodicill erfordert die Zuziehung von 5. fähigen (rogirten) Solennitätszeugen, vor welchen zusammen der Act, so daß ihre Wahrnehmung durch nichts verhindert ist, angefangen und ohne wesentliche Unterbrechung vollendet werden muß. Von den in dieser Uebersicht enthaltenen Erfordernissen ist indessen fast jedes einzelne bestritten und deshalb einzeln zu besprechen. Der Anfang soll hier mit der Streitfrage: ob eine Rogation der Codicillarzeugen nothwendig ist[97]), gemacht werden, weil wir bei ihr zunächst unmittelbar an die Quellen anknüpfen können, und weil sie in gewissem Sinne auch präjudiciell für die in §. 1513. a. folgenden Streitfragen ist (vgl. §. 1513. a. Note 42.)

Nach den Worten der **L. 8. §. 3. C.** ***h. t.*** **(S. 393.) „In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi“** kann es nicht befremden, daß die überwie-

des schriftlichen solennen Privatcodicilles, und in §. 1513. d. über die Beweislast in den Fällen, wo das Codicill wegen Mangel eines der nothwendigen formellen Erfordernisse als nichtig angefochten wird, folgen.

97) Ueber die Rogation der Testamentszeugen siehe Glück im 34. Th. des Comment. §. 1413. S. 287—291, und über die Rogation beim mündlichen Testamente insbesondere den 35. Th. §. 1416. S. 28. fgg. — Aus der neueren Literatur ist nachzutragen: Strippelmann Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Cassel. 4ter Th. 1. Abth. S. 241—243., und die Entscheidungsgründe auf S. 268. und 278.

gende Mehrzahl der Schriftsteller diese Streitfrage verneint, und gerade darin einen formellen Unterschied zwischen Testament und Codicill angenommen hat, daß bei den Testaments- nicht aber bei den Codicillar-Zeugen eine voraufgehende Rogation nothwendig sei[98]. Diese

98) SICHARDUS Prael. in Cod. Rubr. *h. t.* nr. 4. WESEMBECIUS Paratitla in Dig. *h. t.* nr. 4. HARPPRECHT Comment. in Inst. ad §. ult. *h. t.* nr. 8. PEREZ Praelect. in Cod. *h. t.* nr. 4. *Ant.* FABER Cod. Lib. VI. Tit. 5. Def. 3. nr. 4. BRUNNEMANN Comm. in Cod. ad L. ult. *h. t.* nr. 16. IDEM Comment. in Dig. Rubr. *h. t.* nr. 4. STRUV Syntagma juris civ. Exerc. XXXIV. Th. 58. not. δ. und ε. ibique *Petr.* MÜLLER. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. *h. t.* §. 6. nr. 3. HEINECCIUS Elem. jur. civ. sec. ord. pand. *h. t.* §. 117. i. f. *Jo.* VOET Comment. in Pand. *h. t.* nr. 1. Wittich System des Civilrechts 2. Th. §. 358. Nr. 2. a. ε. vgl. mit §. 359. b. Thibaut System der Pandekten §. 934. not. q. Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts §. 1171. in not. b. Hugo Lehrbuch des heutigen römischen Rechts S. 219. v. Hartitzsch Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten §. 367. Note c. Roßhirt in Mackeldey's Lehrbuch des heutigen röm. Rechts 12. Aufl. §. 702. Note ee. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Band 2. Abth. §. 1001. S. 556. Note 2. — Auch die neueren Schriftsteller über Cautelarjurisprudenz theilen noch diese Ansicht; (v. Trützschler) Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze 2ter Th. 6te Hauptabth. 4tes Hauptst. §. 11. W. H. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nicht streitigen bürgerlichen Rechtssachen. 2ter Th. §. 250. a. E. — Siehe auch die in Note 10. der folgenden Centurie citirten Schriftsteller.

Ansicht ist indessen mit der Minderzahl der Juristen entschieden zu verwerfen 99), weil ihr, bei genauerer Betrachtung, sämmtliche Elemente der Interpretation entgegenstehen. In grammatischer und logischer Hinsicht muß nämlich das Hauptgewicht auf die Worte: „**debent adhiberi**" gelegt werden. Hiernach kann die bloß zufällige Gegenwart von 5. Zeugen unmöglich genügend sein. Denn das **adhibere testes** d. h. das Zuziehen von Zeugen setzt eine positive Thätigkeit, eine Aufforderung von Seiten dessen voraus, der diese Zeugen zu einem bestimmten Rechtsgeschäfte zuziehen will. In dem

99) *H.* **Donellus** Comment. jur. civ. Lib. VII. Cap. 19. §. 6. *J.* **Meier** Colleg. Argent. *h. t.* §. 14. nr. III. *Nic.* **Reusnerus** Tract. de codic. Cap. 10. nr. 13. schreibt fast wörtlich den Donell ab, bemerkt aber dabei doch: in quo non multum codicillus videtur differre a testamento. **Hellfeld** h. §. Bucher System der Pandekten §. 413. bei Note 1. Meno Valett Lehrbuch des prakt. Pandektenrechts 3. Th. §. 1111. Note 65. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. Bd. §. 53. not. u. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts 3ter Th. §. 729. und im Comment. 38. Th. §. 1429. S. 286. fgg. J. A. Seuffert prakt. Pandektenrecht 3. Th. §. 601. Note 4. a. E. (ist erst in der 2. Auflage zu der diesseitigen Ansicht übergetreten.) Mejer in der Fortsetzung von Schweppes röm. Privatrechte 5. Bd. §. 890. S. 285. Nr. 3. Gans Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung 2. Bd. S. 230. Danz in der Zeitschrift a. a. O. S. 232. fgg. Witte a. a. O. S. 680. Note 66. Arndts in Witte's Rechtslexikon 6. Bd. S. 291. Note 90. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts 2. Th. 1. Abth. Kap. 10. Fr. 3. S. 801.

Zusatze: **vel rogati vel qui fortuitu venerint** kann daher, wenn nicht ein Widerspruch in die Stelle hineingetragen werden solle die Nothwendigkeit dieser Aufforderung gar nicht in Abrede gestellt worden sein. Die Worte: **vel rogati** beziehen sich aber auch gar nicht auf diese Aufforderung. Die wahre Bedeutung derselben ist vielmehr so klar als möglich durch den Gegensatz: **vel qui fortuitu venerint** angedeutet. Es soll nämlich keinen Unterschied machen, ob die von dem Erblasser adhibirten d. h. zur Zeugnißleistung aufgeforderten und demgemäß als Zeugen fungirende Personen auf besondere Einladung (**rogati**) oder zufällig erschienen sind.

Diese grammatisch und logisch allein zu rechtfertigende Erklärung wird nun in systematischer Hinsicht durch eine Parallelstelle in erwünschtester Weise unterstützt. Sabinus und Ulpian äußern sich nämlich in einer Stelle aus des Letzteren zweitem Buche **ad Sabinum** über die Testamentszeugen folgendermaaßen[100]: „**In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testamentum non esse idoneos placet. Quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur, ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere.**“ Auch Sabinus, dessen Ausspruch uns in dem ersten Satze dieses Fragmentes mitgetheilt wird, versteht hier unter dem Ausdruck **testes rogati** weiter nichts als eingeladene Zeugen. Dies sieht man ganz deutlich aus seiner Bemerkung, daß sie nicht als gültige Testamentszeugen betrachtet werden könnten, wenn sie zu einem anderen Zwecke als der Testamentserrichtung rogirt d. h. eingeladen gewesen seien.

100) L. 21. §. 2. D. *qui testamenta* (XXVIII. 1.)

Diese Bemerkung konnte aber freilich leicht zu dem Mißverständnisse verleiten, daß zu einem anderen Zwecke eingeladene oder zufällig anwesende Zeugen überhaupt niemals als Testamentszeugen hätten benutzt werden können. Diesem Mißverständnisse beugt nun Ulpian mit den Worten: **Quod sic accipiendum erit** u. s. w. vor, indem er die Worte des Sabinus vermöge einer Restrictivinterpretation mit Recht nur auf den Fall beschränkt, wo diese zu einem anderen Zwecke eingeladenen Personen dem Testamentsacte beigewohnt haben, ohne daß der Erblasser oder ein Dritter in dessen Namen sie vorher zur Zeugnißleistung aufgefordert haben, so daß sie also in jedem Falle durch eine solche dem Testamentsacte voraufgehende Aufforderung zu gültigen Testamentszeugen gemacht werden können. Hiernach wird in dieser Pandektenstelle von den Testamentszeugen gerade das Nämliche gelehrt, was in der **L. 8. §. 3. C.** *h. t.* über die Codicillarzeugen vorgeschrieben worden ist, so daß also in diesem Punkte überall kein Unterschied zwischen Testament und Codicill existirt. Dies letztere läßt sich nun aber auch historisch bis zur vollständigsten Evidenz durch Vergleichung der **L. 8. §. 3. C.** cit. mit der Originalconstitution des Kaisers Theodosius nachweisen. In letzterer bezieht sich nämlich der Satz: **quod quidem nullam habeat firmitatem nisi aut septem aut quinque vel rogati aut qui fortuitu venerint possint jure testimonium perhibere**, bei dessen Fassung dem Concipienten augenscheinlich die obigen Worte Ulpians: **Quod sic accipiendum est** u. s. w. vorgeschwebt haben, ganz gleichmäßig auf Codicille wie auf Testamente, so daß durch die Worte: **aut qui fortuitu venerint** eine Eigenthümlichkeit der Codicille weder bezeichnet werden sollte, noch bezeichnet worden ist [1]).

1) Ueber den scheinbaren Gegensatz zwischen Codicill und

Für die Nothwendigkeit der Rogation spricht ferner der Umstand, daß die Codicillarzeugen Solennitätszeugen sind, (s. §. 1513. a.), und daß nach Nov. 90. cap. 2. und 3. die Nothwendigkeit einer Rogation aller Solennitätszeugen, wie dies schon in der Natur der Verhältnisse liegt[2]), angenommen werden muß[3]). — Aus dem postjustinianeischen Rechte kann endlich für die diesseitige Ansicht eine Stelle aus Harmenopulos folgenden Inhalts angeführt werden[4]): Τῷ κωδικέλλῳ ἀρκοῦσι μάρτυρες πέντε, εἰ κατὰ τύχην ἦλθον, μόνον ἐν ἑνὶ καὶ τῷ αὐτῷ καίρῳ τῶν μελλόντων γράφεσθαι προσκαλείσθωσαν εἰς ἀκρόασιν καὶ τὰ ἐν τῷ κωδικέλλῳ γραφόμενα ἀκουέτωσαν i. e. In codicillo quinque testes sufficiunt, si forte fortuna venerint, dummodo uno eodemque tempore, quo sunt conscribendi, ad audiendum advocentur, et quae in iis scripta sunt, audiant. Harmenopulos behandelt hier den Fall, wo der Erblasser das Codicill zwar schriftlich aufgesetzt hatte, allein den Inhalt desselben den Zeugen mündlich mittheilt, ohne die Urkunde von ihnen unterschreiben und resp. besiegeln zu lassen. Das hier erwähnte Codicill ist daher im juristi-

Testament in der L. 8. §. 3. C. cit. ist bereits in §. 1512. a. S. 396. das Nöthige bemerkt.

2) Darüber hat sich auch bereits Mühlenbruch a. a. O. ganz richtig ausgesprochen.

3) Die Nov. 90. cap. 2. und 3. bezieht sich freilich nur auf den einzelnen Fall, welcher in §. 1513. a. hinter Note 57. erwähnt werden wird. Allein sie erscheint in keiner Beziehung als ein jus singulare, sondern nur als der Ausfluß eines allgemeinen Principes.

4) Πρόχειρον νόμων Lib. V. Tit. 7. §. 5. (ed. Reitz in Meerman Thes. T. VIII. p. 287.; ed. *G. E.* Heimbach. (Lips. 1850.) p. 629.)

schen Sinne ein mündliches[5]), und Harmenopulus macht dabei mit Recht darauf aufmerksam, daß die einfache Gegenwart noch so vieler Personen bei der mündlichen Eröffnung des Codicills nicht genügt, daß vielmehr die zufällig Anwesenden, um als Codicillarzeugen gelten zu können, vorher zur Zeugnißleistung aufgefordert werden müßen[6]).

Wenden wir uns jetzt zur speciellen Critik der verschiedenen Ansichten der Gegner, so läßt sich aus den bisherigen Erörterungen nicht bloß die Unrichtigkeit dieser Ansichten, sondern auch die Quelle des Irrthums genau nachweisen. Die neueren Juristen gebrauchen nämlich das Wort: **rogare testes**, **rogatio testium** u. s. w. in der Lehre von den Testamenten in dem technischen Sinne für die Aufforderung an die Zeugen als Testamentszeugen zu fungiren. Dieser unseren Juristen so geläufige Ausdruck kommt indessen bei Testamenten nur ein Paar Mal[7]), und dann gar nicht in einer solchen technischen, sondern

5) In der Sprache der Neueren wäre dies ein **codicillus nuncupativus in scripturam redactus** zu nennen. Vgl. §. 1512. S. 351. Note 50.

6) Harmenopulus erwähnt hier nur das mündliche Codicill, wahrscheinlich wohl deshalb, weil es bei diesem viel eher als bei dem schriftlichen vorkommen wird, daß Personen als Codicillarzeugen bezeichnet werden, welche gar nicht rogirt worden sind.

7) In dem Institutionentitel: **de testamentis ordinandis** (II. 10.) kommt er nämlich gar nicht, in dem Pandektentitel: *qui testamenta* (XXVIII. 1.) einmal, nämlich in der obigen L. 21. §. 2. D. *cit.* (S. 423.) und in den beiden Codextiteln *qui testamenta*, und *de testamentis* (VI. 22. und 23.) gleichfalls nur einmal, nämlich in L. 21. pr. C. *de testam.* (VI. 23.) vor.

in der allgemeinen Bedeutung von convocare oder advocare vor [8]). Das Erforderniß dessen, was wir Rogation nennen, bezeichnen die römischen Juristen durch den Ausdruck: adhibere testes, welcher eben deshalb so häufig und feststehend wiederkehrt [9]). Diese unvermerkt

8) Vgl. die obige Erklärung der L. 21. §. 2. D. *qui testamenta* (S. 423.) mit der von Justinian herrührenden L. 31. (ult.) C. *de testamentis* (VI. 23.) in verb. „ita tamen, ut ubi scientes literas inventi fuerint septem testes, quos ad testimonium convocari necesse est, adhibeantur etc.“ und L. 29. C. *eod.* in verb. „oportet enim omnimodo vel ex literis testatoris vel ex voce quidem testatoris, literis autem testium, qui ad elogium conficiendum fuerint convocati, nomina manifestari heredum, so wie der L. 8. C. *qui testamenta* (VI. 22.) von Justin in verb. „primum ad se convocatos omnes ut sine scriptis testentur, edoceant, und re etiam, ut dictum est, patefacta, cujus causa convocati sint.“ — Daß der Ausdruck rogare testes nicht als ein technischer betrachtet und gebraucht worden ist, geht auch daraus hervor, daß er nicht in die griechische Jurisprudenz übergegangen ist, indem die Basiliken den in L. 21. §. 2. D. *cit.* und Nov. 90. cap. 3. vorkommenden Ausdruck rogare durch παρακαλεῖν wiedergeben. Basil. Lib. XXXV. Tit. 1. Const. 22. i. f. (ed. Heimbach Tom. III. p. 543.) und Lib. XXI. Tit. 1. Const. 46. Cap. 3. (T. II. p. 420.)

9) Aus dem Pandektentitel: *qui testamenta* (XXVIII. 1.) gehören z. B. hieher: L. 18. pr. L. 20. pr. §. 2. §. 4. L. 21. pr. L. 22. pr. §. 1. §. 4. L. 27. L. 30. Es wird auch wohl kurzweg gesagt: ad testamentum adhiberi L. 18. §. 1. L. 20. §. 5.; ad solennia testamenti adhiberi L. 20. §. 7.; propter solennia adhiberi L. 20. §. 8. Der Ausdruck konnte natürlich

entstandene Differenz zwischen dem classischen und modernen Sprachgebrauche wurde dann eben so unvermerkt die Quelle des obigen praktischen Irrthumes.

Mehrere Juristen haben die irrige Ansicht durch die Annahme zu retten gesucht, daß bei Testamenten eine feierliche und bei Codicillen eine minder feierliche Rogation erforderlich sei [10]). Keiner derselben läßt sich aber begreiflicherweise auf die Frage ein, wie wir uns denn heutzutage eine feierliche und eine minder feierliche Rogation zu denken haben. Schon Mühlenbruch a. a. O (S. 418. Note 94.) hat deshalb mit Recht dagegen erinnert, daß in Betreff der Rogation im Justinianeischen Rechte kein Unterschied zwischen Testament und Codicill existire. Dagegen kann seine eigene Interpretation der **L. 8. §. 3. C. cit.** nicht gebilligt werden. Er meint

auch von dem libripens und familiae emtor gebraucht werden. Ulpiani Fragm. Tit. XX. §. 2. — Der Ausdruck adhibere testes wird übrigens natürlich auch in denjenigen Fällen gebraucht, wo Jemand Zeugen zu einem Rechtsgeschäfte zuzieht, ohne daß die Zuziehung, als ein nothwendiges Erforderniß vorgeschrieben ist.

10) Stryk Usus modernus Pand. *h. t.* §. 5. „Hoc facile largior, si codicilli in scriptis fiunt, aliquam admonitionem testium esse necessariam, ut intelligere testes possint, in scriptura tali codicillos contineri, quia absque tali certioratione ignorarent, an negotio adhiberentur; sed haec certioratio non involvit solennem rogationem testium, quae in testamentis necessaria est." Ganz ähnlich äußert er sich in den Caut. test. Cap. 23. §. 11. *J. H.* Böhmer Introd. in jus Dig. *h. t.* §. 10. „Sic et solennis rogatio remissa est." Höpfners Worte im Institutionencommentare §. 626. sind bereits von Mühlenbruch a. a. O. angeführt.

nämlich, der Kaiser habe mit den Worten: **vel rogati vel qui fortuitu venerint** die Aufforderung der Zeugen durch die bei Testamenten damals noch nothwendige feierliche Rogationsformel für überflüssig erklären wollen, und läßt sich deshalb zu der Behauptung verleiten, daß der Gegensatz **vel qui fortuitu venerint** nicht richtig ausgedrückt sei. Allein wenn auch bei dem Mancipationstestamente die Existenz einer feierlichen Rogationsformel anzunehmen sein möchte [11]), so konnte doch von einer solchen im J. 424. nicht mehr die Rede sein, weil bereits Constantin das Mancipationstestament aufgehoben hatte [12]), und wir namentlich aus der Relation der Kaiser Arcadius und Honorius in **L. 3. §. 2. C. Th.** *h. t.* [13]) genau wissen, daß Constantin nichts weiter verlangt hatte, als daß die Zeugen mit dem Zwecke ihrer Zusammenberufung bekannt gemacht worden seien. Von einer feierlichen Rogationsformel ist daher natürlich auch in dem späteren Rechte nirgends mehr die Rede. Theodosius verlangt nur die Erklärung des Erblassers, bei dem schriftlichen Testamente, daß die den Zeu-

11) Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 288. fgg. und Bachofen a. a. O. S. 255. fg.

12) Siehe die Andeutungen auf S. 379. Note 13.

13) Die Worte derselben lauten: „Nec enim novum promulgamus, sed Divi Constantini sanctionem et inclytae recordationis sententiam patris serenitatis nostrae nostraque super hujusmodi causa, quae sunt ex antiquioribus propagata secuti decreta statuimus, iis qui extremas ordinant voluntates haec esse servanda, ut et praesentes videant subscriptores, *et ii cur venerint non ignorent*, etiamsi eisdem scripturae continentia non fuerit intimata.

gen vorgelegte Urkunde sein Testament sei[14]), und bei dem mündlichen, daß er es vor ihnen errichten wolle[15]), womit die Justinianeische Legislation vollkommen übereinstimmt[16]).

Wenn endlich öfters die Behauptung aufgestellt ist, daß die Rogation der Zeugen wenigstens nach der Praxis nicht erforderlich sei, so sieht es mit dem Nachweise derselben sehr bedenklich aus. *Car.* MOLINAEUS (*du* MOULIN) hat nämlich in einem Gutachten gerade die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen, und ein Codicill, unter anderen Punkten, auch wegen nicht vorgenommener Rogation der Zeugen für ungültig erklärt[17]). Er stützt sein Gutachten bei nr. 3. vollkommen richtig auf die **Nov. 90. cap. 2.** (S. 425.), und irrt nur darin, daß er in derselben eine Aufhebung des früheren Rechtszustandes, und namentlich der **L. 8. §. 3. C.** *h. t.*, welche er demnach ganz im Sinne der jenseitigen Ansicht interpretirt, erblickt. Den von B. Carpzow mitgetheilten

14) Nov. Theodos. II. Lib. II. Tit. XVI. Nov. 1. §. 2. (= L. 21. pr. C. *de testam.* VI. 23.) in verb. „dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit quod offertur.“

15) Nov. Theodos. II. cit. §. 6. „ut manifeste testari se sub iisdem testibus sine scriptura eo ipso tempore dicat.“ In L. 21. §. 2. C. J. *de testam.* (VI. 23.) sind zwar gerade diese Worte ausgelassen, allein offenbar weil sie den Compilatoren als eine überflüssige Erläuterung des Vorhergehenden erschienen.

16) L. 21. pr. §. 2. C. *de testam.* (VI. 23.) §. 4. J. *de testam. ordin.* (II. 10.) — Ueber L. 26. C. *de testam.* vgl. Glück im 35. Th. des Commentars §. 1417. b. S. 28. fg.

17) *C.* MOLINÄUS Consilia et Responsa. Paris. 1611. Consil. XXXI. p. 398—413.

zwei Gutachten der Juristen-Facultät und des Schöppenstuhles zu Leipzig[18]) kann aber deshalb kein Gewicht beigelegt werden, weil die Entscheidung der darin begutachteten Fälle sich auch durch die Annahme, daß die Rogation der Zeugen bei vorhandener Unterschrift derselben zu präsumiren sei[19]), hinreichend rechtfertigen läßt. Am interessantesten ist ohne Zweifel der bei J. H. Böhmer vorkommende Rechtsfall[20]). Ein Reichsfürst eröffnete seinem Leibarzte seinen letzten Willen mit dem Auftrage denselben, im Falle der Erkrankung des Fürsten, dem Hofrath **B.** mitzutheilen und durch Letzteren als Testament aufsetzen zu lassen. Als nun dieser Fall eingetreten, und das Testament auf diese Weise entworfen war, wurden in der Nacht der Hofrath **B.** und der Canzlei-Director **A.** durch einen Fürstlichen Cammerdiener auf das Schloß berufen[21]), „welche beide in des Fürsten Schlafgemach den Fürsten zwar sehr schwach, jedoch bei vollem Verstande angetroffen, daher dann der Hofrath **B.** in Gegenwart derer anwesenden Räthe und Bedienten[22]) den Fürsten angeredet: Ihro Durchlaucht

18) *B.* Carpzov Opus Decisionum Saxonic. P. II. Dec. 147. (das am Schlusse befindliche Gutachten) und Dec. 152. nr. 23—25. und das Gutachten selbst. In §. 1513. d. werde ich auf diese beiden Gutachten nochmals zurückkommen.

19) Ueber diese Ansicht vgl. §. 1513. d.

20) *J. H.* Böhmer Consultationes et Decisiones juris. T. II. P. I. Resp. 649. p. 973—977.

21) In den Gründen unter Nr. 13. wird angenommen, daß dies ohne Zweifel auf des Testators Befehl geschehen sei.

22) Daß diese Bedienten zu einem anderen Zwecke, als zur Bedienung des kranken Fürsten, anwesend gewesen seien, ist weder angegeben noch zu vermuthen.

hätten ihm anbefehlen lassen, Dero Testament aufzusetzen, so er auch gethan, und dahero Befehl erwarte, ob er solches vorlesen sollte; welches der Fürst bejahet, und dahero das Testament öffentlich vorgelesen worden, und dabei der Fürst mehrmalen mit einem deutlichen Ja, daß solches alles sein Wille sei, bekräftiget, zu welchem Ende sie sich auch aufrichten lassen, die dargereichte Feder ergriffen, und mehrmalen angesetzet, doch aber aus Mattigkeit nicht fortkommen können, darauf denn der Canzlei-Director sich nochmalen dem Bette genähert, und Ihro Durchlaucht in Gegenwart derer übrigen anwesenden Personen und bei zurückgeschlagenen Gardinen des Bettes, so daß sie allerseits Ihro Durchlaucht sehen können, über die im Testament enthaltenen Punkte befraget, ob solches Ihrer Durchlaucht Wille sei, welches sie jedesmal bejaht, und darauf die 8. gegenwärtige Personen solches Testament unterschrieben, der Fürst aber eine Stunde darauf verstorben." Die Hallische Juristenfacultät hat nun ihr Gutachten dahin abgegeben, daß dies Testament als **nuncupativum** zu Recht beständig, und eventuell daß es wegen der darin enthaltenen Codicillarclausel als Codicill aufrecht zu erhalten sei. In den Gründen (**nr. 11—13.**) wurde davon ausgegangen, daß es, da heutzutage keine **solennis rogatio** erforderlich sei, genüge, wenn nur des Testators Wille, daß er vor den anwesenden Personen testiren wolle, **ex quibuscunque argumentis** hervorleuchte, und die Zeugen solches gewußt, daß sie als Zeugen dazu gezogen worden. Beides wurde als vorhanden angenommen[23]), und eventuell bei Nr. **19.** behaup-

23) Diese Entscheidung läßt sich nach unserem gemeinen Rechte durchaus nicht rechtfertigen. Denn die Erfordernisse der **L. 21. §. 2. D.** *qui testam.* und der **Nov. 90. cap. 2.** und **3.** liegen entschieden nicht vor. So können namentlich die zu einem anderen Zwecke an-

tet, daß jedenfalls ein gültiges Codicill vorliege, weil bei diesem keine **rogatio testium** nothwendig sei. Der letztere Rechtssatz findet sich auch weiter in einem Gutachten bei J. U. Cramer[24]). Allein da das letztere ein gerichtliches Codicill zum Gegenstande hatte, so kann dieser Fall nicht als Beleg der Praxis benutzt werden. Das Nämliche gilt von dem in der Canngießer'schen Sammlung befindlichen Rechtsfalle[25]). Hier war nämlich ein mit der Codicillarclausel versehenes Testament unter Anderem mit der Behauptung, daß die Zeugen nicht rogirt worden seien, als nichtig angefochten. Hierüber wird nun in der Relation bemerkt: In welchem letzten Falle (wenn nämlich die Codicillarclausel in Wirk-

wesenden Personen, wie die Bedienten, nicht als rogirte Zeugen betrachtet werden, weil es an jedem concludenten Factum fehlt, aus welchem sie hätten entnehmen können, daß sie als Zeugen bei dem Testamente des Fürsten fungiren sollten. In den Gründen der Hallischen Facultät (Nr. 11.) wird zwar darauf Gewicht gelegt, daß der Canzlei-Director A. die Gardinen des Bettes zurückgeschlagen habe, damit der Erblasser von allen Anwesenden hätte gehörig beobachtet werden können. Allein dieses Zurückschlagen konnte ja die verschiedensten Gründe haben; keineswegs konnten die Bedienten u. s. w. daraus schließen, daß sie deshalb gleich den anwesenden Räthen mit als Zeugen fungiren sollten, abgesehen davon, daß die Rogation in diesem Falle von einem Dritten vorgenommen wäre, ohne daß weder ein Auftrag noch eine Genehmigung des Erblassers vorlag.

24) *J. U.* Cramer **Observationes juris universi. T. III. Obs.** 848. p. 218.

25) Canngiesser **Decisiones supr. trib. appellat. Hasso-Casselani. T. IV. Dec.** 119. nr. 9. p. 146.

samkeit treten sollte) auch die 4. Exception „testes a testatrice ipsa non rogatos esse“ nichts zur Sache thun würde, inmassen bekannt, daß die rogatio testium bei codicillis überflüssig ist, übrigens aber die rogatio aus der Unterschrift der Zeugen genugsam constatiret 26).“ Die Einrede der nicht vorgenommenen Rogation wurde indessen von dem Oberappellationsgerichte in Cassel, welches dieselbe, wie es scheint, für nicht gehörig substantiirt hielt, nicht einmal zum Beweise verstellt, so daß es auch hier wieder nicht zu einer praktischen Anwendung des obigen Rechtsgrundsatzes kam.

§. 1513. a.

Fortsetzung. — Streitfragen über die Qualität der Codicillarzeugen. Sind namentlich Frauenzimmer, Blinde und Vermächtnißnehmer gültige Codicillarzeugen?

Da die Rogation nur von Wirkung ist, wenn sie an einen fähigen Zeugen gerichtet wird, so schließt sich an die in dem vorigen Paragraphen behandelte ganz einfach die weitere Frage an: wer als Codicillarzeuge gültig fungiren könne? Diese Frage ist aber selbst wieder zu einer Streitfrage geworden. Nach unserem leitenden Grundsatze (S. 399.) muß sie natürlich dahin beantwortet werden, daß die Codicillarzeugen die Qualität von Testamentszeugen haben müssen 27), wie dies auch neuerdings immer mehr und mehr anerkannt wird 28). Diese

26) Die Zeugen hatten sich vielleicht geradezu als „erbetene“ Testamentszeugen unterschrieben. Das Oberappellationsgericht kann aber auch von der bei Note 19. erwähnten Ansicht ausgegangen sein.

27) Ueber die Qualität der Testamentszeugen vgl. den 34. Th. des Comment. §. 1413. a. S. 310—375.

28) Die diesseitige Ansicht theilen natürlich alle in §. 1512. a.

Antwort löst sich aber im Einzelnen in folgende zwei Rechtssätze auf. Erstens: Wer nicht Zeuge bei dem Testamente Jemandes sein darf, kann von demselben auch nicht als Codicillarzeuge zugezogen werden, und Zweitens: Wer fähig ist als Zeuge bei dem Testamente Jemandes zu fungiren, kann auch Zeuge bei dem Codicille desselben sein. Aus dem ersten Rechtssatze folgt nun zuvörderst namentlich, daß Frauenzimmer keine gültigen Codicillarzeugen sind. Gerade dies ist indessen eine der berühmtesten Controversen in der Lehre von der Form der Codicille, ein entschiedenes Lieblingsthema des vorigen Jahrhunderts[29]). Da kein ausdrückliches Gesetz die

S. 400. Note 52. angeführten Schriftsteller, auch wenn sie diesen Punkt nicht ausdrücklich hervorheben. Namentlich haben sich aber für die hier vertheidigte Ansicht erklärt: Danz a. a. O. S. 236. Lang Lehrbuch des römischen Rechts (2. Aufl. Stuttgart 1837.) §. 418.

29) Gegen die Zulassung der Frauen schrieben: *B. H.* Reinold Varia ad jus civile. Cap. 5. „Mulierem non posse testem esse in codicillis." Brem. 1708. (auch in Reinold Opuscula jurid. ed. Jugler p. 72—75.) *J. T.* Richter (def. J. Ch. Giebelhausen) Diss. de testimonio mulierum in codicillis jure civili invalido. Lips. 1748. *G. A.* Spangenberg Comment. de muliere ob testium solennitatem testimonii ferundi in codicillis experte. Götting. 1770. (die gediegenste Dissertation; im Auszuge auch in *J. E. J.* Müller Observat. practic. ad Leyserum. T. IV. Fasc. 1. Obs. 590. p. 120—136.) — Für die Frauen traten in die Schranken *C. A.* Jenichen Observationes selectae de efficaci mulierum testimonio in codicillis. Lips. 1731. (von §. 11—14. insbesondere gegen Vinnius not. 32. cit. gerichtet); ed 3. als Anhang zu Leyseri Meditationes T. XI.

Frauen vom Zeugnisse bei Codicillen ausschließt, und da die Ausschließung eine unmotivirte Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts zu sein scheint, so kann es uns nicht überraschen, daß die Mehrzahl der Schriftsteller für die Frauen Partei genommen hat. Dies geschah vom Mittelalter an[30]), dergestalt daß die Lehrbücher und Systeme des 18. Jahrhunderts fast an Einstimmigkeit

p. 75. (Mart. Gottl. Pauli) Rechtliche Untersuchung der Frage: ob eine Weibsperson bei einem Codicill Zeuge sein könne? in den Arbeiten einer vereinigten Gesellschaft in der Oberlausitz u. s. w. 2. Bd. 2. Stück S. 146—185. Leipzig und Lauban 1751. *Chr. Henr.* BREUNING Vindiciae testimonii feminarum in codicillis. Lips. 1777. (von §. 8. insbesondere gegen VINNIUS und REINOLD gerichtet.) *A. F.* RIEDEL Comment. sistens quaestionem, num feminae in codicillis possint esse testes. Rostoch. 1791. (von §. 9. an insbesondere gegen WALCH not. 32. cit. gerichtet).

30) Daher konnte schon *Hubert.* GIPHANIUS Explanatio difficil. legum Cod. ad L. ult. C. *h. t.* T. II. p. 132. sagen: Inter omnes fere doctores constat (mulieres) adhiberi posse. *Joh.* HARPPRECHT Comment. in Inst. Tit. de testam. ordin. §. 6. nr. 4—13. und Tit. de jure codicill. §. 3. nr. 8. *H.* DONELLUS Comment. jur. civ. Lib. VII. Cap. 19. nr. 8. und Comment. in Cod. *h. t.* p. 483. *Just.* MEIER Colleg. Argent h. t. th. 15. *Jac.* WISSENBACH Exercit. ad Pand. *h. t.* nr. 18. BRUNNEMANN Comment. in Cod. ad L. ult. *h. t.* nr. 16. *Henr.* COCCEJI Jus controv. *h. t.* qu. 4. LEYSERI Medit. ad. Pand. T. IV. Spec. 378. nr. 1. J. E. J. MÜLLER Observat. pract. ad LEYSERUM not. 28. cit. *Lüd.* MENCKE in Gymn. jur. polem. Disp. XIII. Th. 3. p. 192. Westphal a. a. O. §. 1619.

gränzen[31]), und daß noch die beiden letzten Dissertationen über diese Frage sich zu Gunsten der Frauen erklären. Die diesseitige Ansicht wurde in früherer Zeit nur von einer sehr kleinen Anzahl Juristen vertreten[32]); erst

31) STRUV Syntagm. jur. civ. Exerc. XXXIV. Th. 58. nr. 3. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. *h. t.* §. 7. *Jo.* VOET Comment. ad Pand. *h. t.* nr. 1. BERGER Oeconomia juris Lib. 2. Tit. 4. Th. 36. nr. III. TITIUS Jus privatum rom. germ. Lib. VII. Cap. 3. §. 31. LUDOVICI Doctrina pand. *h. t.* §. 3. und *F.* SCHLITTIUS ad Ludovici Usum pract. dist. jur. P. III. p. 35. HEINECCIUS Elem. jur. civ. sec. ord. pand. *h. t.* §. 117.; sec. ord. inst. §. 684. *M. G.* WERNHER Lectiss. Comment. *h. t.* §. 10. HOFACKER Principia juris romani T. III. §. 1569. not. e. f. MALBLANC Princ. jur. romani T. II. §. 729. — STRYK Usus modern. pand. *h. t.* §. 6. und Caut. testam. Cap. 23. §. 7. äußert zwar Bedenken, beseitigt sie aber mit der Bemerkung: Interim contraria sententia in praxi est recepta et usu fori servatur. Eben so erklärt LUDOVICI in Usu pract. distinct. jur. P. III. p. 35. die qu. Ansicht für begründet „non tam ex legum dispositione quam recepta doctorum opinione" und ganz ähnlich beruft sich auch *J. Th.* MÜLLER System. Pand. T. I. §. 242. not. d. nur auf die Praxis. — Nur Hellfeld h. §. not. l. erklärte sich unumwunden für die diesseitige Ansicht.

32) *Fr.* CONNANUS Comment. jur. civ. Lib. IX. Cap. 3. nr. 3. *Jac.* CUJACIUS Comment. in L. 20 §. 6. D. *de testibus* (Opp. T. II. p. 682.) freilich nur ganz beiläufig. TREUTLERUS Disp. Vol. II. Disp. X. Th. 4. und sein Commentator BACHOVIUS ibid. Lit. F. welchem letzterem wie immer VINNIUS Comment. in Inst. *h. t.* nr. 3. und ad Tit. de test. ordin. (II. 10.)

mit dem Beginne unseres Jahrhunderts trat ein Umschwung der Ansichten ein, so daß jetzt die Ansicht über die Unfähigkeit der Frauen als Codicillarzeugen zu einer so allgemeinen Herrschaft gelangt ist[33]) daß heutzutage

nr. 2. folgte. BEYER Posit. ad Tit. D. de jure codic. in not. lit. E. PEREZ Praelect. in Cod. *h. t.* nr. 4. WALCH Introductio in Controv. Sect. II. Cap. 4. Membr. 3. §. 41. (ed. 3. p. 338.) Vgl. auch die am Schlusse der Note 31. zuletzt citirten 4. Schriftsteller.

33) MADIHN Principia juris rom. §. 505. not. c. d. GÜNTHER Principia juris T. II. §. 728. not. a. Wittich System des Civilrechts Th. 2. §. 357. not. 57. Höpfner Institutionencommentar §. 626. Note 6. Thibaut System der Pandekten §. 934. (der 8ten Auflage). Schweppe's römisches Privatrecht §. 890. Note 2. (der 2. Auflage; Mejer ist nach Note 34. der entgegengesetzten Ansicht beigetreten.) Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 2. Th. §. 1175. in Note 1. Seuffert Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts 3. Bd. §. 601. Note 4. (er ist jetzt in der 2. Auflage entschieden für die diesseitige Ansicht, während er noch in den Erläuterungen zu den Lehren des Erbrechts (Würzburg 1827.) S. 27. c. die Ansicht der Gegner für die richtigere erklärte) v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. Bd. §. 53. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts 3. Th. §. 729. Meno Valett Lehrbuch des prakt. Pandektenrechts Th. 3. §. 1111. Note 63. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3. Bd. 2. Abth. §. 1001. S. 556. v. Hartitzsch Erbrecht §. 367. Note d. Roßhirt a. a. O. S. 21. Witte a. a. O. S. 686. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2. Th. 1. Abth. Kap. 10. §. 3. zu Fr. 4. S. 801.

kaum noch Dissentienten anzutreffen sind [34]). Trotz dieser früheren **communis opinio** scheinen indessen im Geschäftsleben bei den solennen Privatcodicillen doch immer nur Männer als Codicillarzeugen zugezogen zu sein. Wenigstens ist keiner der so zahlreichen Dissentienten im Stande, sich auf wirkliche Fälle, wo Frauen als Codicillarzeugen zugezogen sind, und dieses Codicill, mit oder ohne Proceß als gültig anerkannt worden ist, zu beziehen. Auch in den Formularen für Codicille in den der Cautelarjurisprudenz angehörenden Schriften figuriren immer nur Männer als Zeugen [35]). Nur in der neueren Zeit scheint beim Oberappellationsgerichte in Dresden der Fall einer vor Frauenzimmern errichteten **mortis causa donatio** vorgekommen zu sein, in welchem das Oberappellationsgericht diese Schenkung für gültig erklärte, weil die Form der **mortis causa donatio** der Form der Codicille nachgebildet sei, und bei letzteren Frauenzimmer als Zeugen zugezogen werden könnten [36]).

34) Bucher System der Pandekten 3. Aufl. §. 413. Note 2. Mejer in der Fortsetzung von Schweppes röm. Privatrechte 5. Bd. §. 890. S. 284. Er sagt im Texte: „Wer nicht Testamentszeuge sein kann ist auch im Codicille ausgeschlossen", bemerkt aber in Note 1. dazu „Man hält indessen unrichtig dafür, daß dies Solennitätszeugen seien, und nicht auch Frauenzimmer es sein könnten. Da nichts darüber vorgeschrieben ist, hat man gar keinen Grund zu einer Erschwerung des Codicills." Text und Note stehen hier in einer unauflöslichen Disharmonie.

35) Vgl. z. B. A. Perneder Vollständige Nachricht von Testamentern und Codicillen, herausgegeben von W. Hunger. (Frankfurt und Leipzig. 1725.) S. 151—156.

36) v. Hartitzsch Entscheidungen praktischer Rechtsfragen (Leipzig 1840.) s. v. Schenkung Nr. 361. S. 363.

Gehen wir nun zu der Beantwortung dieser Streitfrage über, so muß dieselbe, auch abgesehen von unserem leitenden Grundsatze, dennoch bejahet werden, weil die Codicillarzeugen jedenfalls als Solennitätszeugen betrachtet werden müssen, und Frauen wohl Beweis- aber nicht Solennitätszeugen sein können. Vorzugsweise von diesem Standpunkte aus ist der Kampf in den Note 29. erwähnten Schriften geführt worden, indem die für die Frauen in die Schranken tretenden Schriftsteller ihre Beweisführung hauptsächlich darauf zu richten suchten, daß die Codicillarzeugen nur die Qualität von Beweiszeugen an sich zu tragen brauchten. Der Kardinalpunkt bei diesem Streite drehte sich dann um die Frage: wann sind die Zeugen Solennitäts- und wann bloße Beweiszeugen? Eine sehr verbreitete Ansicht, welcher noch in neuester Zeit Glück[37]) und Roßhirt[38]) ihre Zustimmung geschenkt haben, bestand darin, daß die Zeugen in allen Fällen, wo deren mehr als zwei erfordert würden, Solennitätszeugen seien, weil 2. Zeugen genügen würden und müßten, wenn es sich nur um den Beweis handle. Gegen diese Ansicht hat sich indessen Danz[39]) und gewiß mit Recht erklärt. Denn wenn auch die von ihm dagegen angeführte **L. 1. §. 10. D.** *de inspic. ventre* **(XXVI. 4.)**, nach welcher **5. mulieres liberae** die Wittwe, welche von ihrem verstorbenen Ehemanne schwanger zu sein behauptet, besichtigen sollen, deshalb nicht

Bei dieser und ähnlichen Sammlungen ist sehr zu bedauern, daß die Herausgeber sich nicht die Mühe gegeben haben, eine gedrängte species facti, durch welche so häufig auch die rechtliche Entscheidung erst in das wahre Licht gesetzt wird, voranzuschicken.

37) im 31. Th. des Comment. §. 1353. a. S. 154.

38) Lehre von den Vermächtnissen 1. Th. S. 21.

39) in der Zeitschrift a. a. O. S. 232. fgg.

vollständig beweisend sein möchte, weil rücksichtlich der **inspectio ventris** mit dem darauf zu bauenden Urtheile über Existenz oder Nicht-Existenz der Schwangerschaft, die besichtigenden Frauen mehr als Sachverständige denn als Zeuginnen zu betrachten sind, so kann dennoch wohl nicht mit Grund bestritten werden, daß die zum Beweise des Alters bei dem Gesuche um **venia aetatis**[40]), oder die zum Beweise der Verwandtschaft verlangten 5. Zeugen[41]) nur die auch Frauenzimmern zukommende Eigenschaft von Beweiszeugen an sich zu tragen brauchten, da es sich hier ganz augenscheinlich nur um den Beweis und nicht um eine Solennität handelt. Danz selbst stellt deshalb den Grundsatz auf, daß die Zeugen dann als Solennitätszeugen betrachtet werden müßten, sobald eine **rogatio** nothwendig sei[42]). Dies ist nun an sich allerdings ganz richtig, aber insofern nicht erschöpfend, weil sich dann gleich wieder die weitere Frage aufdrängt, in welchen Fällen eine **rogatio** nothwendig sei. Denn wir können uns unmöglich damit beruhigen, daß wir eine Rogation nur in denjenigen Fällen für nothwendig erklären, wo dieselbe speciell vorgeschrieben worden ist, weil dieselbe offenbar nicht durch irgend eine positive Rechtsnorm, sondern durch die Natur der Sache ins Leben gerufen worden ist. Es muß daher auch hier offen-

40) **L. 2. §. 1. C.** *de his qui veniam aetatis* (II. 45.) abgedruckt bei Glück a. a. O. S. 146. fgg. — Ueber die Lesart im **Pr.** der Stelle vgl. Denselben a. a. O. S. 146. Note 45. — Die hier und in Note 41. so wie die in **L. 18. C.** *de testib.* (S. 446.) erwähnten 5. Zeugen sind übrigens der deutschen Praxis fremd geblieben. Vgl. Reinhardt Handbuch des gemeinen Processes 1ster Th. §. 193. S. 373.

41) **L. 15. §. 1. C.** *de testibus* (IV. 20.), eine von Cujacius restituirte Constitution des Kaisers Zeno.

42) in der Zeitschrift a. a. O. S. 233.

bar ein festes Princip zu Grunde gelegen haben. Dieses Princip sind wir aber augenscheinlich nur durch eine genauere Betrachtung des juristischen Characters der Solennitätszeugen und der solennen Rechtsgeschäfte aufzufinden im Stande. Von den niemals dem **jus gentium** sondern immer nur dem **jus civile** angehörenden solennen Rechtsgeschäften, deren Rechtsbestand von der Anwendung einer bestimmten Form abhängig gemacht ist, interessiren uns hier natürlich nur diejenigen, deren Form in der Zuziehung von Zeugen besteht. Die Zahl dieser Solennitätszeugen ist bei den verschiedenen Rechtsgeschäften verschieden. Wir finden deren **3.**, **5.**, **7.**, **10.** und **30.**, Zahlen, welche offenbar nicht auf reiner Willkühr beruhen können, denen vielmehr eine tiefere Bedeutung innewohnen muß. Fragen wir nun, welche Idee im römischen Rechte von Anfang an bei einer solchen nothwendigen Zuziehung von Zeugen zu Grunde lag, so gibt es keine andere befriedigende Antwort, als daß die Zeugen Repräsentanten des römischen Volks **resp.** der Volksversammlung waren. Am einleuchtendsten zeigt sich dies bei dem Mancipationstestamente, welches an die Stelle des früheren **testamentum calatis comitiis** trat, und bei welchem die **5.** Zeugen die Volksversammlung nach den **5.** Stimmklassen der Centuriatcomitien vertraten [43]). Dasselbe ist aber auch in allen denjenigen Fällen anzunehmen, wo **3.** Solennitätszeugen erfordert werden, indem diese die drei alten

43) Darüber, daß überhaupt die Mancipationszeugen Repräsentanten der Volksversammlungen sind, herrscht jetzt auch geradezu Einstimmigkeit unter den neueren Rechtshistorikern. Vgl. z. B. die S. 132. Note 47. citirten Schriften und Schweppe römische Rechtsgeschichte §. 252. Asverus Die Denuntiation der Römer. (Leipzig 1843.) S. 14. Walter Geschichte des röm. Rechts 2. Th. (Bonn 1846). S. 169. Note 11.

Tribus oder das in diese getheilte Volk repräsentirten[44]). Wenn daneben in älterer Zeit auch noch 10. Solennitätszeugen bei der confarreatio vorkommen[45]), so sollten diese offenbar die Anzahl der Curien repräsentiren, indem es nach der richtigen Ansicht ursprünglich nur 10. Curien gab[46]), gerade wie in der späteren Zeit, als die Zahl der Curien auf 30. angewachsen war, die Curiatcomitien durch 30. lictores repräsentirt wurden[47]). Die Zahl 7. ist endlich offenbar der bei dem Mancipationsacte mitwirkenden Anzahl von Personen nachgebildet, und daher, wie Asverus a. a. O. S. 14. ganz richtig bemerkt, immer als 5+2. zu denken, indem von allen diesen solennen Rechtsgeschäften die Mancipationen wohl am häufigsten vorkamen, und daher die dabei erforderliche Anzahl von Personen am innigsten mit dem Rechtsleben des Volkes verwebt war[48]). Die Fähigkeit als Solennitätszeuge zu fungiren, war hiernach ursprünglich nur ein Ausfluß des publicistischen Bestandtheils der Civität, des jus suffragii et honorum[49]). Frauen konnten daher

44) Asverus a. a. O. S. 34.

45) Gaji Inst. Lib. I. §. 112. Ulpiani Fragm. Tit. IX.

46) Walter a. a. O. 1. Th. S. 13. Note 16. vgl. mit 2. Th. S. 97. Note 17.

47) Cicero advers. Rull. II. 12.

48) Solche 7. Zeugen, ohne Mancipation, kamen z. B. bei der Aufkündigung der Ehe in der durch die lex Julia vorgeschriebenen Form vor. L. 9. D. *de divortiis.* (XXIV. 2.)

49) Deshalb konnten auch die Peregrinen nicht Solennitätszeugen sein. Die Zeugen wurden als Quirites angeredet. Im Interesse des Verkehres wurden freilich später die latini und auch die Peregrinen, quibus commercium datum erat, als Mancipationszeugen zugelassen. Ulpiani Fragm. Tit. XIX. §. 4. Tit. XX. §. 8.

aus diesem Grunde nicht Solennitäts- und namentlich nicht Testamentszeugen sein [50]). Daß diese Unfähigkeit sich auch nach dem Untergange der Republik in dem damaligen Umfange erhielt, kann uns, nach so manchen Analogien, nicht Wunder nehmen. Dagegen könnte es allerdings den Anschein gewinnen, daß bei den erst in der späteren Kaiserzeit eingeführten solennen Rechtsgeschäften auch Frauen als gültige Zeugen zugelassen werden müßten, da die Kaiser natürlich nicht mehr daran denken konnten, die Zeugen als Repräsentanten der Volksversammlung zu betrachten. Dennoch muß der obige Grundsatz auch auf diese Fälle zur Anwendung gebracht werden. Die Aenderung der Staatsverfassung und der Staatseinrichtungen in der Kaiserzeit führte nämlich auch für die Solennitätszeugen einen neuen Gesichtspunkt herbei. Dieselben sind nämlich in dieser Periode nicht mehr als Repräsentanten der Volksversammlung, sondern als Repräsentanten der mit fides publica (dem Rechte gesta oder acta conficiendi) versehenen Gerichtsbehörde zu betrachten. Dies sehen wir ganz deutlich daraus, daß in einigen Fällen die mit Beiziehung von Solennitätszeugen errichteten Urkunden, als documenta oder instrumenta quasi publica aus-

50) Alle anderen Gründe, welche man noch für die Ausschließung der Frauen angeführt hat, sind nicht stichhaltig, und gaben nur den Gegnern willkommene Angriffsmittel in die Hände. So ist z. B. behauptet, Frauen seien keine testes omni exceptione majores; es fehle ihnen die nöthige Beobachtungsgabe; es sei der römischen Sitte zuwider gewesen, daß Frauen sich bei fremden Rechtsgeschäften betheiligt hätten; die Eifersucht der Männer sei das wahre Motiv der Ausschließung gewesen u. s. w. Vgl. z. B. Vinnius Comment. in Inst. ad II., 10. §. 6. II., 17. §. ult. I., 25. §. ult.

drücklich den gerichtlich aufgenommenen Urkunden, den **instrumentis publicis** an Kraft gleichgesetzt werden[51]), und daß in anderen Fällen dieser Art demjenigen, welcher ein solches Rechtsgeschäft errichten will, ausdrücklich die Wahl zwischen der gerichtlichen und der Errichtung vor den bestimmten Solennitätszeugen gelassen wird[52]). Wenn wir demnach den allgemeinen Grundsatz aufstellen müssen, daß die gerichtliche Beglaubigung in allen Fällen das Solennitätszeugniß ersetzt[53]), und daß die Solennitätszeugen als Repräsentanten des Gerichtes zu betrachten sind, so ergiebt sich daraus wiederum von selbst, daß Frauenzimmer, welche kein öffentliches Amt bekleiden können, auch keine gültigen Codicillarzeugen sind, und daß diejenigen Stellen, in welchen der Grundsatz ausgesprochen wird, daß Frauenzimmer aller **civilia** oder **publica officia** unfähig sind[54]), auch für die vorliegende Frage als unmittelbare Beweisstellen, welche eben sowohl für das ältere wie für das neuere Recht passen, zu betrachten sind[55]). Gegen diese Argumentation darf

51) L. 11. C. *qui potiores in pignore* (VIII., 18). L. 20. C. *de fide instrumentorum* (IV. 20.) Vgl. auch L. 2. C. *de annal. except.* (VII. 40.)

52) L. ult. C. *de donat. mort. causa* (VIII. 57.) Vgl. L. 27. C. *de testamentis* (VI. 23.)

53) Wenn dieser Grundsatz auch nirgends ausdrücklich ausgesprochen ist, so können wir doch nach den einzelnen Beispielen nicht daran zweifeln, indem diese augenscheinlich keine singuläre Natur an sich tragen. Dafür spricht auch die Analogie der Concurrenz der **in jure cessio**, als eines gerichtlichen, und der **mancipatio** als eines außergerichtlichen Rechtsgeschäftes, im älteren Rechte.

54) L. 12. §. 2. D. *de judiciis* (V. 1.) L. 1. §. 1. D. ad *S. C. Vellejanum* (XVI. 1.) L. 2. D. *de R. J.*

man sich nicht darauf berufen, daß, weil in einer Stelle ausdrücklich **3.** Männer[56]), und in anderen Stellen nur im Allgemeinen **3.** oder **5.** Zeugen zu einem Rechtsgeschäfte als nothwendig verlangt werden[57]), in den letzteren Fällen auch Frauenzimmer als Zeugen zulässig seien. Man muß vielmehr sagen, daß die Kaiser in den zuletzt erwähnten Constitutionen den Rechtssatz von der Unfähigkeit der Frauen zum Solennitätszeugnisse als einen sich ganz von selbst verstehenden Fundamentalgrundsatz vorausgesetzt haben. Die Richtigkeit dieser Behauptung läßt sich geradezu an einem einzelnen Beispiele nachweisen. Justinian schrieb nämlich in **L. 18. C.** *de testibus* **(IV. 20.)** vor, daß der Beweis der Rückzahlung eines Darlehns, sofern der Gläubiger aus der noch in seinen Händen befindlichen Schuldurkunde klage, nicht zugelassen werden solle „**nisi quinque testes idonei**[58]) **et summae atque integrae opinionis praesto fuerint solutioni celebratae, hique cum sacramenti re-**

55) Die in Note 54. citirte **L.** 2. **D.** *de R. J.* ist, worauf schon **Reinold** S. 435. not. 29. cit. aufmerksam gemacht hat, gerade aus demselben 1sten Buche des Ulpian ad Sabinum entlehnt, in welchem nach **L.** 20. §. 6. **D.** *qui testam.* (XXVIII. 6.) die Unfähigkeit der Frauen zum Testamentszeugnisse behandelt war.

56) **L.** 11. **C.** *qui potiores in pignore* (VIII. 18.)

57) Von 3. Zeugen handeln: **L.** ult. **C.** *si certum petatur* (IV. 3.) **L.** 23. §. 2. **C.** *ad S. C. Vellej.* (IV. 29.) Nov. 73. cap. 1. und 7. und die in Note 51. citirten Stellen; von 5. Zeugen aber handeln die **L.** 18. **C.** *de testibus* (IV. 20.) Nov. 73. cap. 8. und die in Note 52. zuerst citirte Stelle.

58) Der Ausdruck testes idonei ist hier nicht unmittelbar beweisend, weil er auch von den Beweiszeugen gebraucht wird. Vgl. Mühlenbruch im 38sten Th. des Comment. §. 1429. S. 283. Note 93.

ligione deposuerint, sub praesentia sua debitum esse solutum.“ In Nov. 90. cap. 2. macht er nun insbesondere darauf aufmerksam, daß in diesem Falle nur rogirte Zeugen zulässig seien, und spricht bei dieser Gelegenheit immer nur von Männern, ohne damit im geringsten irgend eine Neuerung einführen zu wollen.

Der Scholiast des Harmenopulos hat daher mit vollkommenem Rechte die Frauen für unfähige Codicillarzeugen erklärt, indem er in einer bei dieser Controverse vielfach benutzten Stelle folgenden Grundsatz aufstellt[59]: Οἱ δὲ γὲ παλαιοὶ νόμοι τὰς γυναῖκας ἐν μὲν ταῖς συστατικαῖς μαρτυρίαις μὴ μαρτυρεῖν αὐτὰς ἀποφαίνονται, ἐν δὲ ταῖς ἀποδεικτικαῖς καλῶς μαρτυρεῖν, συστατικὰς μὲν λέγοντες διαθήκην, κωδίκελλον, δωρεὰν αἰτίᾳ θανάτου, ἀποδεικτικὰς δὲ τὰς λοίπας i. e. Veteres autem leges in testimoniis quidem constitutoriis mulieres testari prohibent, sed in probatoriis recte eos testari declarant, constitutoria appellantes testamentum, codicillum, mortis causa donationem, probatoria autem relinqua. Die Gegner beschuldigen hier freilich den Scholiasten eines Rechtsirrthumes[60], oder suchen sich durch die Annahme zu helfen, daß derselbe ältere von Justinian nicht recipirte Gesetze über das Codicillarzeugniß vor Augen gehabt habe[61]. Allein der Rechts-

59) Πρόχειρον νόμων Lib. I. Tit. VI. §. 43. i. f. (ed. Reitz in Meerman Thes. T. VIII. p. 59. ed. Heimbach. (Lips. 1850.) p. 108.) — Darüber daß die obigen Worte nicht dem Harmenopules selbst, sondern einem Scholiasten angehören siehe Heimbach l. c. not. 89.

60) Berger Dissert. jur. sel. p. 811. Jenichen (not. 29. cit.) §. 13. p. 92.

61) Jenichen l. c. Dies müßte dann freilich auch von den Testamenten gelten, indem der Scholiast ganz gleichmäßig von Testamenten, Codicillen und mortis causa donationes redet.

irrthum liegt entschieden auf der Seite der neueren Gegner des alten Scholiasten. Jeder Zweifel hieran muß durch eine genauere Critik der von den Gegnern für ihre Ansicht vorgebrachten Argumente verschwinden. Sie berufen sich auf folgende Punkte.

1) Es existire kein Gesetz, welches die Frauen vom Codicillarzeugniß ausschließe, wie dies doch nach **L. 1. §. 1. D.** *de testibus* **(XXII. 5.)** nothwendig sei. Allein Frauen sind vom Solennitätszeugniße ausgeschlossen (S. 443. fgg.); die Codicillarzeugen sind Solennitätszeugen, und müssen vermöge unseres leitenden Grundsatzes (S. 399.) sogar geradezu die Qualität von Testamentszeugen haben. 2) Zwischen Testament und Codicill walte nicht **eadem ratio** ob. Die Zeugen beim Testamente seien allerdings Repräsentanten der Volksversammlung gewesen. Dies lasse sich aber weder für die ältere noch für die neuere Zeit von den Codicillen behaupten. Allein das ursprünglich formlose Codicill ist ja später in ein solennes Rechtsgeschäft verwandelt (S. 365. fgg.) und für die Solennitätszeugen ist ein neuer Gesichtspunkt herrschend geworden (S. 444. fgg.) 3) Als die hauptsächlichste positive Stütze der gegnerischen Ansicht wird die bekannte Stelle aus Ulpians erstem Buche **ad Sabinum** betrachtet[62]): „**Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit: alias autem posse testem esse mulierem argumento est lex Julia de adulteriis, quae adulterii damnatam testem produci vel dicere testimonium vetat.**" Hieraus wird nämlich abgeleitet, daß Frauen in allen anderen Fällen außer dem Testamente („**alias**") als Zeugen fungiren könnten. Allein vergleicht man mit dieser Stelle nur die Worte der **L. 18. D.** *de testibus* **(XXII. 5.)** aus Paulus zweitem Buche *de adulteriis*: **Ex eo quod prohibet lex Julia de adulteriis testimo-**

62) L. 20. §. 6. D. *qui testamenta* (XXVIII. 1.)

nium dicere condemnatam mulierem colligitur etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere, so kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß die lex Julia de adulteriis nur von dem Beweiszeugnisse der wegen Ehebruch verurtheilten Frau gehandelt hatte, und daß daher dem Ulpian bei den Worten: alias autem posse testem esse mulierem nur die Fähigkeit zum Beweiszeugnisse vorschwebte und vorschweben konnte. Denn die Fähigkeit zum Solennitätszeugnisse fehlte jeder Frau und konnte deshalb nicht erst der wegen Ehebruch verurtheilten Frau abgesprochen werden. Ueberdies wäre auch der von Ulpian aufgestellte Rechtssatz, wenn man denselben in der von den Gegnern angenommenen Allgemeinheit auffassen wollte, jedenfalls unrichtig[63]), und würde daher durch den Grundsatz: qui nimis probat nihil probat seine Beweiskraft verlieren. 4) Die Nothwendigkeit der Zuziehung der Codicillarzeugen sei nicht solennitatis, sondern nur probationis causa vorgeschrieben, oder in der Kunstsprache der Neueren, das Codicill erfordere keine solennitas ordinationis, sondern nur eine solennitas probationis[64]). Dies suchte man nun auf die verschiedenste Weise zu rechtfertigen, entweder a) durch die Worte: codicilli nullam solennitatem ordinationis desiderant des §. ult. J. *h. t.* (S. 403.)[65]), oder b)

63) Denn siehe z. B. das auf S. 446. angeführte Beispiel. — Auch die von dem Scholiasten angeführten 3. Beispiele eines Solennitätszeugnisses sind nicht erschöpfend, wie aus dem eben angeführten, auch bei Harmenopulos Lib. I. Tit. 6. §. 2. vorkommenden Beispiele hervorgeht.

64) Unter der solennitas probationis verstand man den freilich nirgends nachweisbaren Fall, wo das Rechtsgeschäft zwar vor Zeugen vorgenommen sein mußte, wo aber die letzteren doch nur die Qualität von Beweiszeugen an sich zu tragen brauchten.

dadurch, daß bei Codicillen die Rogation der Zeugen für überflüssig erklärt sei (§. 1513.)[66]), oder c) durch den Ausspruch des Kaisers Constantin in L. 1. C. Th. *h. t.* „sic enim fiet ut successiones testantium sine ulla captione serventur" (S. 369.)[67]), oder d) durch die bekannte Vorschrift Justinians über das s. g. Oral-fideicommiß in L. ult. C. *de fideicommissis* (VI. 42.) Da die Punkte a — c. bereits oben erledigt worden sind, so brauchen wir hier nur diesen letzteren Punkt noch etwas genauer in's Auge zu fassen[68]). J. E. Müller[69]) argumentirt nämlich aus der L. ult. C. cit. folgendermaaßen. Wenn die Zeugen Solennitätszeugen seien, so müßte das ohne 5. Zeugen errichtete Fideicommiß unter allen Umständen nichtig sein. Da aber Justinian dennoch Eidesdelation gestatte, so würden die 5. Zeugen offenbar nur probationis causa erfordert. Allein diese Argumentation ist mehr als leichtsinnig zu nennen, da sich aus Justinians Constitution gerade das Gegentheil ableiten läßt. Wenn nämlich die Zeugen Beweiszeugen wären, so müßte die Eidesdelation in allen Fällen, auch

65) Hierauf hat sich namentlich das Oberappellationsgericht in Dresden (s. S. 439. Note 36.) berufen.

66) Diesen Grund machten natürlich die §. 1513. S. 421. Note 98. citirten Schriftsteller geltend.

67) Siehe unter Anderen Jenichen l. c. p. 83. Bachofen a. a. O. S. 319.

68) Auch Seuffert in den Erläuterungen zum Erbrechte S. 27. c. hat die L. ult. C. *cit.* auf eigenthümliche Weise benutzt. Da er indessen jetzt nach S. 438. Note 33. unumwunden zu der diesseitigen Ansicht übergetreten ist, so bedarf es einer Prüfung seiner früheren Argumentation nicht mehr.

69) Observat. pract. ad Leyserum T. IV. Fasc. 1. Obs. 590. p. 135. sq.

wo das Fideicommiß vor weniger als 5. Zeugen errichtet wurde, zulässig sein. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Justinian gestattet die Eidesdelation nur in dem einen Falle, wo der Erblasser den Onerirten selbst von dem Fideicommisse selbst in Kenntniß gesetzt hat[70]). In den übrigen Fällen bleibt das vor weniger als 5. Zeugen errichtete Fideicommiß nichtig, dergestalt, daß der Fideicommissar sich nicht einmal der Eidesdelation bedienen kann. Die zuzuziehenden Zeugen sind also augenscheinlich keine Beweis- sondern Solennitätszeugen. — Der ganze Unterschied zwischen einer **solennitas ordinationis** und **solennitas probationis** ist überhaupt ein rein fingirter, und augenscheinlich nur dazu erfunden, um die angeblichen Eigenthümlichkeiten bei dem Codicillarzeugnisse, die Nicht-Rogation der Zeugen, die Zulassung der Frauenzimmer u. s. w. unter einen juristischen Gesichtspunkt zu bringen. Allein unsere Quellen unterscheiden nun einmal einfach nur zwischen Solennitäts- und Beweiszeugen[71]). Eine dritte Art von Zeugen gibt es nicht. Die 5. Codicillarzeugen sind aber entschieden Solennitätszeugen, weil die Unterlassung der Zuziehung derselben das Codicill geradezu nichtig macht[72]), und weil bei dem Codicille, wie bei jedem anderen solennen Rechtsgeschäfte, Einheit der Handlung nothwendig ist[73]). 5) Die Frauen seien bei uns in Deutschland überhaupt der **virilia officia** fähig[74]). Diese Behauptung bedarf

70) Die Streitfragen über dies s. g. Oralfideicommiß werden in §. 1523. genauer besprochen werden.

71) L. 18. D. *de testibus* (S. 448.) L. 20. §. 6. D. *qui testamenta* (S. 448.) L. 12. C. *de testam.* (VI. 23.)

72) L. 1. C. Th. *h. t.* (S. 366.) L. 7. §. 2. i. f. C. Th. *h. t.* (S. 384.)

73) Darüber vergl. den §. 1513. b.

wohl keiner ernstlichen Widerlegung. Will man in dieser Streitfrage auf unser einheimisches Recht recurriren, so würde die Notariatsordnung vom J. 1512. unter Allem den besten Anhaltspunkt gewähren, indem hier in demselben Satze (s. S. 415. fg.) 5. Zeugen für das Codicill und das **testamentum ruri conditum** erfordert werden. Hat man nun bei dem letzteren niemals Frauenzimmer zugelassen, so ist es nach der Fassung der Notariatsordnung geradezu unmöglich für die Codicille das Gegentheil anzunehmen.

Die hin und wieder aufgestellten Mittelmeinungen, daß Frauenzimmer im Nothfalle [75]), oder wenigstens gemeinschaftlich mit Männern als Zeugen zulässig seien [76]), bedürfen nach dem Bisherigen keiner besonderen Widerlegung.

Aus dem ersten Grundsatze (S. 435.) folgt ferner, daß auch Blinde nicht einmal bei einem mündlichen Codicille gültig als Zeugen fungiren können, insofern man ihnen nämlich mit Glück [77]) auch die Fähigkeit der Zeugnißleistung bei einem mündlichen Testamente abspricht, wie dies seit den Glück'schen Ausführungen von der Mehrzahl der späteren Schriftsteller geschehen ist [78]). Dennoch

74) JENICHEN l. c. §. 8. beruft sich in dieser Hinsicht auf die Weiberlehne, so wie darauf, daß Frauen die Patrimonialgerichtsbarkeit ausüben, die Rolle eines Schiedsrichters übernehmen könnten, und in Deutschland von jeher zur Vormundschaft über ihre Kinder zugelassen seien.

75) *H.* ZOESIUS Comment. in Codic. *h. t.* Annot. a. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

76) *H.* BOCER Disp. Cl. 3. Disp. 6. Th. 30. — *H.* ZOESIUS l. c. Annot. b. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

77) Im 34sten Th. des Commentars. §. 1413. S. 295—307.

stehen auf der entgegengesetzten Seite Namen von bedeutendem Gewichte[79]), welche sich der gleichzeitig mit der Glück'schen Darstellung erschienenen entgegengesetzten Ausführung von Marezoll[80]) angeschlossen haben. Eine vollständige Recapitulation dieser von Glück sehr ausführlich erörterten Streitfrage ist hier nicht nothwendig. Indessen darf ich es natürlich nicht unterlassen, die meiner Ansicht nach wohlbegründete Ansicht von Glück ge-

78) Meyer in der Fortsetzung von Schweppe's römischen Privatrechte 5ter Bd. §. 815. Note 9. Puchta Pandekten §. 465. Note p. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Th. 2te Abth. §. 830. S. 142. fg. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts 3ter Th. §. 660. Note 3. B. Schilling Pandektenrecht §. 534. nr. 3. a. vgl. mit §. 530. nr. 1. a. β. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 3ter Th. 1. Abth. Erbrecht. Kap. 3. §. 5. zu Fr. 1. S. 162. fgg. Burchardi System des römischen Rechts 2ter Th. S. 1033. Seuffert praktisches Pandektenrecht 3ter Bd. §. 505. Note 8. Sintenis das gemeine praktische Civilrecht 3ter Th. §. 169. S. 383. Note 24.

79) Thibaut System des Pandektenrechts §. 829. not. m., und dazu Brauns Erörterungen S. 640. s. v. „Blinde kann man nicht absolut ausschließen." v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 3ter Bd. §. 447. Note w. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 640. Note e. v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2ter Bd. §. 444. S. 143. Roßhirt gemeines deutsches Civilrecht 3ter Bd. §. 604. Note 5. und Desselben testamentarisches Erbrecht bei den Römern. 1ste Abth. S. 429. fgg.

80) In der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Civilproceß 4ter Bd. S. 58—67.

gen die Marezoll'schen Ausführungen in Schutz zu nehmen. Marezoll beruft sich zuvörderst darauf, daß in §. 6. J. *de testam. ordin.* (II. 10.) nur die Tauben und Stummen, wegen des ihnen mangelnden Sinnes, nicht aber die Blinden vom Testamentszeugnisse ausdrücklich ausgeschlossen würden. Dieses auch von Vangerow a. a. O. mit benutzte Argument verliert indessen dadurch alle Beweiskraft, daß in dem Institutionentitel de testamentis ordinandis von §. 3. — §. 13. nur das schriftliche Testament abgehandelt, und erst in §. 14. das mündliche Testament anhangsweise ganz kurz abgefertigt wird. Wollte man nun aus §. 6. J. cit. schließen, daß der Blinde ein fähiger Zeuge sei, weil er dort nicht unter den unfähigen aufgeführt sei, so gelangte man dadurch nur zu dem absurden und von Niemandem vertheidigten Rechtssatze, daß der Blinde ein fähiger Zeuge bei dem schriftlichen Testamente sei. Richtiger müssen wir vielmehr sagen: Der Blinde und der Schreibunkundige sind hier ausgelassen, weil sie der Natur der Sache nach diejenigen Functionen nicht vornehmen können, welche den Zeugen bei dem schriftlichen Testamente obliegen, und weil Justinian etwas sich so ganz von selbst verstehendes ausdrücklich hervorzuheben mit Recht für überflüssig hielt. Darin muß man Marezoll aber allerdings beistimmen, daß die Unfähigkeit der Blinden zu der Zeugnißleistung bei dem mündlichen Testamente nicht durch die von den Anhängern der diesseitigen Meinung gewöhnlich für sich angeführte L. 9. C. *de testam.* (VI. 23.) bewiesen wird, indem diese Constitution sich augenscheinlich nur auf schriftliche Testamente bezieht[81]). Dagegen hat sich Glück

81) Siehe die Erklärung dieser Stelle bei Glück a. a. O. S. 293. und Marezoll a. a. O. S. 62. fgg.

nicht mit Unrecht auf den allgemeinen Grundsatz der **L. 32. C.** *de fideicommissis* **(VI. 42.)**, daß der Zweck der Zuziehung von 7. Zeugen bei dem Testamente darin bestehe: „ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur" bezogen. Er geht nur darin zu weit, daß er die Blinden auch deshalb ausschließt, weil sie sich nicht von der Identität des Erblassers überzeugen könnten. Gegen dieses schon früher gebrauchte Argument haben Marezoll und v. Vangerow mit Recht erwiedert, daß es den Zeugen nirgends zur Pflicht gemacht sei, sich von der Identität der Person des Erblassers zu überzeugen, und daß auch die Blinden sich diese Ueberzeugung sehr wohl durch ihre übrigen Sinne, durch Gehör, Gefühl und Geruch verschaffen könnten. Allein von beiden Schriftstellern ist dieser Punkt der Identität mit Unrecht in den Vordergrund gestellt worden. Die Hauptfrage ist vielmehr: kann der Blinde den Testamentsact mit derselben Sicherheit wie ein Sehender beobachten? Diese Frage muß aber entschieden verneint werden, weil der Blinde die auf den Erblasser wirkenden äußeren Einflüße bei dem Testamentsacte gar nicht zu beobachten im Stande ist. Wie leicht könnte z. B. vor blinden Zeugen auf den Erblasser von irgend einem Dritten ein psychologischer Zwang ausgeübt werden, ohne daß dieselben das Geringste davon gewahren? Das Sehen ist deshalb auch bei dem mündlichen Testamentsacte von derselben Wichtigkeit wie das Hören, um die volle Wahrheit, die perfectissima veritas, wie es in **L. 32. C.** cit. heißt, an den Tag zu bringen. Blinde können daher unmöglich bei diesem von der Gesetzgebung gerade mit den schützendsten Formen umgebenen Acte zugelassen werden.

Aus dem zweiten Rechtssatze (S. 435) folgt auf der anderen Seite, daß Vermächtnißnehmer gültige

Codicillarzeugen sind[82]). Ueber diesen Punkt walten indessen selbst in neuerer Zeit noch schwankendere Ansichten ob, als über die vorhin besprochenen Streitfragen. Wir können hier 3. Parteien unterscheiden. Die erste erklärt die Vermächtnißnehmer für absolut gültige Codicillarzeugen[83]), die zweite für absolut ungültige[84]), und die

82) Ueber die Zeugnißfähigkeit der Vermächtnißnehmer beim Testamente vgl. die Ausführungen von Glück im 34. Th. des Commentars §. 1413. a. S. 347. fgg.

83) Dieser Ansicht hat vorzugsweise *Bened.* CARPZOV Opus Decis. Saxonic. P. II. Dec. 152. zahlreiche Anhänger verschafft. *Lüd.* MENCKE Syst. jur. civ. Lib. XXVIII. Tit. 1. §. 19. PHILIPPI Usus pract. Inst. Lib. II. Eclog. 46. nr. 4. LEYSER Medit. ad Pand. Spec. 378. Med. 1. 2. COCCEJI Jus controvers. *h. t.* qu. 3. BERGER Oeconomia juris Lib. II. Tit. 4. Th. 36. not. 8. TITIUS Jus privatum Rom. Germ. Lib. VII. Cap. 3. §. 31. *J. Th.* MÜLLER Systema Pand. T. I. §. 242. not. e. MADIHN Principia juris romani §. 505. not. e. Overbeck Meditationen 4. Bd. 26. Medit. S. 301—304. Wittich System des heutigen Civilrechts 2. Th. §. 357. S. 350. Note *. Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts §. 1175. Note 1. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. Bd. §. 53. not. x. Mühlenbruchs Lehrbuch des Pandektenrechts 3. Th. §. 729. Note 7. Meno Valett Lehrbuch des prakt. Pandektenrechts §. 1111. Note 64. Mejer in der Fortsetzung von Schweppes römischen Privatrecht 5. Bd. §. 890. S. 285. Note 2. Seuffert Lehrbuch des prakt. Pandektenrechts 3. Bd. §. 601. Note 4. Witte a. a. O. S. 680. Note 70.

84) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. *h. t.* §. 7. i. f. WESEMBECIUS ibique HAHN ad Tit. de testam. or-

dritte vermittelt diese beiden Ansichten dahin, daß die Vermächtnißnehmer, soweit es sich um das ihnen selbst ausgesetzte Vermächtniß handle, als ungültige Zeugen zu betrachten, hinsichtlich der Vermächtnisse an andere Personen und der letztwilligen Bestimmungen über sonstige Punkte aber als gültige Zeugen mitzuzählen seien [85]). Die

din. nr. 11. s. v. legatarius. REUSNERUS Tract. de codic. Cap. 16. nr. 7. BRUNNEMANN Comment. in Pand. ad L. 20. qui testam. facere nr. 9. ad Rubr. Tit. de jure codic. nr. 5. Comment. in Codic. ad L. ult. C. *h. t.* nr. 18. SCHÖPFERUS Synopsis. jur. priv. rom. *h. t.* nr. 7. et 8. LUDOVICI Doctr. pand. *h. t.* §. 3. *J. H.* BÖHMER Introductio in jus Dig. *h. t.* §. 10. HOMMEL Rhapsod. Vol. I. Obs. 211. s. v. legatarius. STRYK de cautel. testam. Cap. 23. §. 9. Usus modum pand. *h. t.* §. 7. WALCH Introductio in controv. jur. civ. Sect. II. Cap. 4. Membr. 3. §. 42. (ed. 3. p. 340.) HELLFELD h. §. hinter not. l. *J. E. J.* MÜLLER Observation. pract. ad LEYSERUM T. IV. Fasc. 1. Obs. 588. und im Promt. jur. T. II. s. v. codicillus nr. 49. HOFACKER principia juris T. II. §. 1569. not. d.

85) *F. C.* HARPPRECHT Disp. de testimonio testamentario mortis causa donatarii et tam ipsius quam legatarii et fideicommissarii in codicillis. Tübing. 1688. (auch in Ejusdem Dissertation. academic. Vol. I. Nr. XLII.) *Petr.* MÜLLER ad STRUV Syntagm. jur. Exerc. 34. Th. 58. *y.* Not. II. Höpfner Institutionencommentar §. 626. Note *7. Thibaut System des Pandektenrechts §. 934. Note y. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3. Bd. 2. Abth. §. 1001. S. 557. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2. Bd. 1. Abth. Erbrecht. Kap. 10. §. 3. zu Fr. 5. S. 801.

Praxis hat geschwankt, neigt sich aber allerdings am meisten der zweiten Ansicht zu[86]).

Nach unserem obigen leitenden Grundsatze (S. 399.) kann nur die erste Ansicht, welche die Vermächtnißnehmer als absolut gültige Codicillarzeugen betrachtet, gebilligt werden. Für diese Ansicht finden sich aber auch noch besondere Anhaltspunkte in unseren Quellen vor, welche dann wieder ihrerseits zum Beweise für unseren leitenden Grundsatz dienen. Für dieselbe spricht nämlich Erstens der geschichtliche Entwickelungsgang. Bei dem Mancipationstestamente konnten nämlich der familiae emtor und die mit ihm durch das Band der väterlichen Gewalt verbundenen Personen nicht zugleich die Rolle eines Zeugen versehen; dagegen war der Erbe selbst, so wie die mit ihm durch den Nexus der väterlichen Gewalt verbundenen Personen, nach dem früheren Rechte, keineswegs vom Zeugnisse ausgeschlossen. GAJ. II.

86) Die erste Ansicht ist in dem Gutachten des Leipziger Schöppenstuhles vom J. 1647. bei *B.* CARPZOV not. 83. cit. befolgt; die zweite aber in einem Gutachten des Schöppenstuhles zu Jena bei *Chr. Ph.* RICHTER Decis. jur. D. 31. nr. 21., und der Halleschen Juristenfacultät bei *J. H.* BÖHMER Dec. et Cons. Vol. II. P. I. Resp. 753. nr. 5. sqq. Vgl. ferner *Andr.* FACHINÄUS Cons. 8. nr. 45—47. (Francof. 1610. p. 58. sq.) welcher ein in Pisa errichtetes Codicill für ungültig erklärt, weil den Haustöchtern zweier Zeugen Vermächtnisse darin hinterlassen seien. — Auch das Oberappellationsgericht in Dresden hat sich für diese Ansicht, jedoch nur beiläufig, und ohne daß dieser Punkt zur eigentlichen Entscheidung stand, erklärt in v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen s. v. Schenkung Nr. 361. S. 363. — BRUNNEMANN LAUTERBACH STRYK und HOFACKER not. 84. cit. erklären diese Ansicht ausdrücklich für die communis opinio.

§. 108. belehrt uns darüber folgendermaaßen: **Is vero qui in potestate heredis aut legatarii est, cujusve heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in ejusdem potestate est, adeo testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque heres aut legatarius jure adhibeantur. Sed tamen quod ad heredem pertinet quique in ejus potestate est, cujusve is in potestate erit, minime hoc jure uti debemus.** Nach diesem letzten Zusatze könnte man leicht geneigt sein, eine spätere Aenderung des früheren Zustandes durch Gewohnheitsrecht, auf die Auctorität des Gajus gestützt, wenigstens für wahrscheinlich zu erklären. Allein wir wissen durch Justinian, daß der obige Rechtssatz sich als ein gültiger bis zu dessen Zeiten erhielt, indem erst Justinian selbst entweder in einer besonderen uns nicht erhaltenen Constitution [87]), oder nur durch Interpolation der in Note 89. erwähnten Pandektenstelle, den Erben für unfähig zum Zeugnisse erklärte. Die Worte der hierauf bezüglichen Institutionenstelle [88]) lauten folgendermaaßen: **Sed neque heres scriptus neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus, qui habet eum in potestate, neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi. Licet enim totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres qui familiae emtorem, et eos qui per potestatem ei coadunati fuerant, testamentariis testimoniis repellebant, heredi et his, qui conjuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis praestare, licet hi, qui id**

87) Vgl. jedoch auch *E.* SCHRADER ad §. 10. J. *de testam ordin.* (II. 10.) s. v. concedimus.

88) §. 10. J. *de testam. ordin.* (II. 10.)

permittebant, hoc jure minime abuti debere eos suadebant, tamen nos, eandem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiae emtoris, merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiae emtoris obtinet, nec aliis personis, quae ei, ut dictum est, conjunctae sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia praestare[89]), ideoque nec hujusmodi veterem constitutionem nostro codici inseri permisimus. Wenn nun bis auf Justinian, nachdem die mancipatio familiae und damit der familiae emtor längst verschwunden war, dennoch der Erbe bei dem Testamente gültigerweise Zeuge sein konnte, obgleich er augenscheinlich ein testis in re propria war, so konnte dem Legatar die Fähigkeit bei dem ihn bedenkenden Codicille als Zeuge zu fungiren noch viel weniger abgesprochen werden. In dem antejustinianeischen Rechte waren demnach die beiden Rechtssätze enthalten: der Erbe kann Zeuge bei dem Testamente, und: der Legatar kann Zeuge bei dem ihn bedenkenden Codicille sein. Von diesen beiden Rechtssätzen hat aber Justinian bloß den ersten, nirgends aber den zweiten aufgehoben. Derselbe muß demnach schon aus diesem Gesichtspunkte als praktisch gültig betrachtet werden, um so mehr da Justinian in den Worten des §. 11. J. *de testam. ordin.* (II. 10.): legatariis autem et fideicommissariis, quia non juris successores sunt, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus:

89) Nach diesem Paragraphen ist es höchst wahrscheinlich, daß L. 20. pr. D. *qui testamenta* (XXVIII. 1.) eine Interpolation erlitten hat, wie auch Glück a. a. O. S. 345. mit Recht angenommen hat. — Vgl. jedoch auch die erste Bemerkung von *E.* Schrader ad §. 10. J. *de testam. ordin.* (II. 10.)

immo in quadam nostra constitutione et hoc specialiter concessimus[90]) et multo magis iis qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate hujusmodi licentiam damus, die Zeugnißfähigkeit der Legatare bei Testamenten ausdrücklich anerkennt, und bei dieser Gelegenheit es gewiß nicht unterlassen haben würde, zu bemerken, daß er ihnen aber die Fähigkeit als Codicillarzeugen zu fungiren entzogen habe, wenn dies wirklich von ihm geschehen wäre. Zweitens findet sich aber ein ausdrückliches Anerkenntniß der erwähnten Fähigkeit der Legatare in einem Rescripte des Kaisers Zeno vom J. 480.[91]), welches folgendermaaßen lautet:

Dictantibus[92]) testamenta vel aliam quamli-

90) Diese Constitution fehlt in den uns erhaltenen Handschriften, wenn man nicht etwa annehmen will, daß Justinian mit den obigen Worten auf die in seinem Codex befindliche, im Texte abgedruckte L. 22. C. *de testam.* von Zeno angespielt habe. — Darüber, daß namentlich diese Constitution nicht am Schlusse des Codextitels de testamentis gestanden haben könne, wie mehrfach angenommen worden ist, vgl. die Bemerkung von Herrmann in seiner Ausgabe des Codex zu L. 31. C. *de testam.* (VI. 23.) p. 393. not. a.

91) L. 22. C. *de testam.* (VI. 23.)

92) Das Wort dictare kann sich hier nicht, wie sonst, auf den Erblasser selbst beziehen. Man muß hierunter vielmehr diejenigen verstehen, welche das Testament im Auftrage des Erblassers entwerfen und es einem Schreiber dictiren. Vgl. Suetonius in vita Neronis Cap. 32.; in vita Tiberii Cap. 22. Forcellini Lexicon. tot. latin. s. v. dictare testament. s. codicill. — Im deutschen Corp. jur. civ. 5. Bd. S. 953. ist das Wort dictare nicht bloß sprachwidrig, sondern auch juristisch unrichtig auf die Schreiber des Testamentes

bet ultimam voluntatem legatum vel fideicommissum vel quodcunque aliud quolibet legitimo titulo testatorem posse relinquere minime dubitandum est. Testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro suo libitu quod voluerit testator relinquere non prohibetur.

In dem ersten Satze dieses Rescriptes wird neben dem Testamente noch eine sonstige ultima voluntas, mithin gerade vorzugsweise das Codicill hervorgehoben. Wenn nun in dem zweiten Satze von testes ad efficiendam voluntatem adhibitis geredet wird, so muß dies nothwendigerweise auf alle letztwillige Erklärungen bezogen werden. Denn hätte der Kaiser hier bloß die Testamente im Sinne gehabt, so hätte er, der vorher genau zwischen Testamenten und der sonstigen ultima voluntas unterschieden hatte, nothwendigerweise das Wort testamentum und nicht den allgemeinen Ausdruck voluntas gebrauchen dürfen. Dennoch haben die Gegner den zweiten Satz dieser Constitution vermöge einer Restrictivinterpretation auf Testamentszeugen einschränken wollen[93]). Harpprecht a. a. O. sucht dieser Restrictivinterpretation dadurch Bahn zu brechen, daß er die Fassung des zweiten Satzes überhaupt für ungenau erklärt, indem man nach derselben auch annehmen müßte, daß der Erblasser die Zeugen auch zu Erben einsetzen könne. Allein das ganze Rescript, und namentlich der

bezogen. Der Uebersetzer muß dabei an die bekannten Bestimmungen des S. C. Libonianum (S. 222. Note 99.) gar nicht gedacht haben!

93) Die meisten der in Note 84. und 85. citirten Schriftsteller übergehen freilich die L. 22. C. cit. mit Stillschweigen. Ausdrücklich für eine Restrictivinterpretation erklären sich Harpprecht not. 85. cit., Brunnemann not. 84., und Böhmer not. 86. cit.

zweite Satz desselben bezieht sich, wie die Worte: **relinquere non prohibetur** auf das Deutlichste ergeben, entschieden nur auf Vermächtnisse, so daß dieser Tadel ein völlig unberechtigter ist. Die Restrictivinterpretation selbst sucht nun Harpprecht dadurch zu vertheidigen, daß in allen sonstigen Stellen **L. 20. pr. D.** *qui testam. facere* **(XXVIII. 1.) L. 14. D.** *de rebus dubiis* **(XXXIV. 5.) §. 11. J.** *de testam. ordin.* (S. 460. fg.) immer nur von der Fähigkeit der Vermächtnißnehmer zum testamentarischen Zeugnisse gehandelt werde, und daß widrigenfalls bei einem privilegirten Codicille die Gefahr vorliege, daß zwei Zeugen durch Verabredung zu einem falschen Zeugnisse sich beliebig viele Vermächtnisse verschaffen könnten. Allein die Pandektenschriftsteller hatten keine Veranlassung die Fähigkeit der Codicillarzeugen abzuhandeln, weil damals das Codicill noch eine formlose Urkunde und daher den gewöhnlichen Beweisregeln unterworfen war. In den Institutionen ist aber die neuere Form der Codicille ganz übergangen, und was endlich die bemerkte Gefahr anbelangt, so waltet diese gerade in demselben Maaße ob, wenn ein privilegirtes Testament vor solchen Personen errichtet wird, welche zugleich mit einem Vermächtnisse bedacht werden. Hierin liegt also keinesfalls ein specielles Argument gegen die Zulassung der Vermächtnißnehmer als Codicillarzeugen. Außerdem ist aber auch diese Gefahr nicht so groß, sobald man nur den juristischen Character der einzelnen privilegirten Codicille genauer ins Auge faßt, wie dies in §. 1513. e. geschehen wird [94]). Völlig unhaltbar

94) Ich will hier nur daran erinnern, daß in einem vor 2. Zeugen errichteten privilegirten Codicille **ad pias causas** gerade die diesen beiden Zeugen hinterlassenen Vermächtnisse nichtig sein würden, weil das **privilegium** nur zu Gunsten der **pia causa** und nicht zum Besten

ist endlich die Ansicht des Fr. Duarenus[95]), welcher davon ausgeht, daß der Kaiser in diesem Rescripte nicht die Frage untersuche und resp. bejahe, ob die Vermächtnißnehmer gültige Zeugen seien, sondern vielmehr: ob einem der Zeugen in gehöriger Form d. h. in Anwesenheit von noch anderen 7. oder 5. Zeugen, ein Vermächtniß hinterlassen werden könne, ohne daß ihn deshalb die lex Cornelia de falsis treffe? Denn der Kaiser denkt in dem ersten Satze des Rescriptes ganz entschieden an ein vor der gewöhnlichen Anzahl von Zeugen errichtetes Testament und Codicill. Wenn er nun in dem zweiten Satze weiter bemerkt, daß der Erblasser auch den Zeugen gültig ein Vermächtniß hinterlassen könne, so kann er dabei offenbar nicht daran gedacht haben, daß in diesem Falle eine größere Zahl von Zeugen als die gewöhnliche und in dem 1. Satze vorausgesetzte zugezogen werden müsse. Die Stelle enthält vielmehr nur einen Rechtssatz für alle letzten Willenserklärungen, welchen wir in anderen Stellen[96]) mit derselben Entschiedenheit für Testamente ausgesprochen finden.

Außerdem lassen sich nun auch die von den Gegnern für ihre Ansicht beigebrachten Argumente leicht widerlegen. Sie behaupten nämlich Erstens die Regel nullus testis idoneus in propria causa[97]), müsse überall durchgreifen,

dritter Personen wirkt. Vgl. Mühlenbruch im 42. Th. des Comment. §. 1479. S. 140.

95) Comment. in Tit. D. *qui testam. facere.* Cap. de testibus in testamento idoneis (Opp. Francof. 1592. p. 327.)

96) Außer den auf S. 463. im Texte angegebenen Stellen vgl. noch L. 3. §. 3. C. Th. *de testam. et codic.* (IV. 4.)

97) L. 10. D. *de testibus* (XXII. 5.) L. 10. C. *eod.* (IV. 20.)

wo nicht eine besondere Ausnahme nachgewiesen werden könne. Eine solche Ausnahme finde sich aber über die Zeugnißfähigkeit der Legatare bei Codicillen nicht vor. Schon dies letztere kann nach der obigen Erklärung der **L. 22. C.** *de testam.* (S. 461. fg.) nicht zugegeben werden. Die Regel **nullus testis idoneus in propria causa** ist aber auch überdieß bei den Römern niemals in demselben Maaße und mit derselben Strenge auf Solennitätszeugen wie auf Beweiszeugen angewendet worden. Wir sehen dies namentlich daraus, daß früher selbst der Erbe, der doch das größte Interesse an der Aufrechterhaltung des Testamentes hatte, als Zeuge zugelassen wurde[98]). Wir finden ferner eine ähnliche Verschiedenheit zwischen den Solennitäts- und Beweiszeugen darin, daß selbst noch nach neuerem Rechte, wo dem Erben selbst das Zeugniß untersagt ist, dieses Verbot sich doch nur auf die durch das Band der **patria potestas** mit ihm verbundenen Personen, keineswegs aber auf die übrigen von einem zu seinen Gunsten gereichenden Beweiszeugnisse ausgeschlossene nächste Verwandte bezieht[99]). Wenn daher die Le-

98) Siehe die auf S. 459. fg. abgedruckten Stellen aus Gajus und Justinians Institutionen.

99) Siehe die Worte: **Sed neque heres scriptus neque is qui in potestate ejus est** u. s. w. des §. 10. **J.** *de testam. ordin.* (S. 459.) Die emancipirten Kinder des Erben sind daher vom Zeugnisse nicht ausgeschlossen und noch viel weniger Geschwister, welche mit dem Erben nicht mehr in einer und derselben **patria potestas** stehen. Hiermit stimmt auch die Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 6. ganz überein, insofern sie nur die mit dem Erben „in eines anderen Gewalt" befindlichen Personen ausschließt. Vgl. über diese Verhältnisse Glück im 34. Th. des Commentars. §. 1413. a. S. 364.

gatare bei dem Testamente als Solennitätszeugen zugelassen werden, und ihr Legat einklagen können, obgleich sie hinsichtlich desselben wirklich **testes in re propria** sind, so ist damit eben eine Ausnahme von den gewöhnlichen Beweisregeln gemacht, welche auch bei den Codicillen Platz greifen muß. Darin irren aber freilich manche Anhänger der diesseitigen Ansicht, daß sie den Legatar zwar als Solennitätszeugen zulassen, ihm aber die Fähigkeit zu einem gerichtlichen Zeugnisse über das Codicill und **resp.** dessen Inhalt absprechen[100]). Denn der Solennitätszeuge soll ja keineswegs ein bloßer Figurant sein. Er wird zur Beobachtung aufgefordert, und wurde nach früherem Rechte geradezu **improbus intestabilisque**, wenn er sich später weigerte Auskunft über seine Beobachtungen zu ertheilen[1]). Er ist also in jeder Hinsicht wie ein sonstiger Beweiszeuge zu behandeln. Eben so unrichtig ist es hierbei zwischen schriftlichen und mündlichen Codicillen zu unterscheiden, ein Punkt, welcher hinsichtlich der Testamente von Glück a. a. O. S. **354** fgg. so überzeugend ausgeführt ist, daß hier eine Verweisung auf die früheren Erörterungen vollkommen genügt. Zweitens berief man sich darauf, daß bei dem Legatar als Codicillarzeugen dieselbe **ratio** Platz greife, wie beim Erben als Testamentszeugen. Wenn nämlich Justinian dem Erben die Zeugnißfähigkeit versage: **quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi**[2]), so passe dies ja auch auf den Legatar als Codicillarzeugen. Dies kann indessen nicht zugegeben

100) Vgl. z. B. LEYSER und OVERBECK §. 7. a. E. not. 83. cit.

1) *Aul.* GELLIUS Noct. Attic. Lib. XV. Cap. 13. i. f. S. den 33. Th. des Comment. §. 1399. a. S. 318.

2) §. 10. J. *de testam. ordin* (II. 10.)

werden. Denn es liegt doch eine bedeutende Verschiedenheit darin, daß die Erbeinsetzung das **caput et fundamentum totius testamenti** ist, mit dessen Ungültigkeit auch alle übrigen Dispositionen über den Haufen fallen. Insofern kann man also sagen, daß das ganze Testamentsgeschäft sich auf die Erbeinsetzung stützt, und daß der Erbe selbst als die Hauptperson erscheint. Dagegen findet sich ein solcher Mittelpunkt bei den Codicillen nicht (S. 74.) Gesetzt also z. B. der Erblasser hinterläßt dritten Personen und einem der Zeugen Vermächtnisse, so kann man hier gar nicht sagen, daß **totum hoc negotium quod agitur codicilli ordinandi gratia** zwischen dem Erblasser und diesem Zeugen vollzogen werde. Denn von der Ungültigkeit des Legates an diesen Zeugen hängt ja der Rechtsbestand des Codicilles nicht ab. Dieser Grund löst sich daher genau betrachtet doch nur in den vorhergehenden Grund auf, daß der Legatar als Zeuge bei dem Vermächtnisse interessirt sei. Der dritte Grund besteht endlich darin, daß die Legatare bei dem Testamente als gültige Zeugen zugelassen seien, weil sie zunächst nicht sich, sondern dem Erben Zeugniß ablegten, und Letzterer, welcher ihr Zeugniß zu seinen Gunsten annehme, es sich auch zu seinem Nachtheile gefallen lassen müsse. Dieser Grund passe aber nicht auf Codicille, bei welchen die mit einem Vermächtnisse bedachten Zeugen, nur zu ihren eigenen Gunsten und zum Nachtheile des Erben aussagten [3]). Allein abgesehen davon, daß dieser Grund doch auch wenigstens bei denjenigen Zeugen eintreffen würde, welche zuerst zur Errichtung des Testa-

3) *R.* Bachovius Comment. ad Inst. §. 10. (al. §. 11.) *de testam. ordin.* (II. 10.), welchem hier einmal mit Nennung des Namens, *Arn.* Vinnius Comment. in Inst. eod. folgt. Vgl. auch Harpprecht l. c. §. 12. nr. 84.

mentes und dann später zur Errichtung des Codicilles zugezogen wurden[4]), so kann auch die Richtigkeit dieses Grundes, gegen welchen sich auch bereits **Glück** a. a. O. S. **353.** Nr. **2.** erklärt hat, nicht einmal eingeräumt werden. Denn dieser Grund paßt nicht auf den Erben, und doch wurde dieser nach früherem Rechte zum Zeugnisse zugelassen[5]). Ließ man aber den bei dem Testamente am meisten interessirten Erben als gültigen Zeugen zu, so konnte man das Zeugniß der Legatare überall nicht verwerfen. **Justinian** hat nun freilich das frühere Recht geändert, und den Erben für einen unfähigen Testamentszeugen erklärt. Allein deshalb ist man noch nicht zu dem Schluße berechtigt, daß folglich auch der Legatar ein unfähiger Codicillarzeuge sein müsse. Denn **Justinian** hat nicht bloß den Legatar ausdrücklich nach wie vor für einen fähigen Testamentszeugen erklärt, sondern er hat auch die Verordnung des Kaisers **Zeno** (S. **461.** fg.), welche sich auf alle letzte Willenserklärungen bezieht, in seinen Codex aufnehmen lassen. Er hat ferner die Zulassung der Legatare zum Testamentszeugnisse durch den Grund motivirt: **„quia non juris successores sunt"**[6]). Er hat also nur den Universalsuccessoren, keineswegs aber den Singularsuccessoren das Zeugniß in eigener Sache bei letztwilligen Dispositionen abschneiden wollen. Von diesem Gesichtspunkte aus kann man aber für die Legatare keinen Unterschied zwischen Testamenten und Codicillen herausbringen; sie müssen vielmehr in beiderlei Hinsicht als gültige Zeugen betrachtet werden.

4) Harpprecht l. c. gebraucht diesen Grund auch nur für die Intestatcodicille.

5) Siehe die auf S. 459. abgedruckten Stellen.

6) §. 11. J. *de testam. ordin.* (S. 460.)

Das

Recht der Codicille.

Dargestellt

nach den Grundsätzen des römischen Rechtes

von

D. Eduard Fein

Großh. Sächsischem Hofrathe, ordentlichem Lehrer der Rechte an der Universität in Jena, und ordentlichem Beisitzer des Schöppenstuhles daselbst.

Zweite Abtheilung.

Erlangen,

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1851.

Fein, Eduard,

Das Recht der Codicille dargestellt nach den Grundsätzen des römischen Rechtes

Bd.: 2

Erlangen 1851